



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Recurso nº : 121.401
Matéria : IRPJ E CSLL - EX.: 1994
Recorrente : SOGERAL S/A CORRETORA DE CÂMBIO, TÍTULOS E VALORES IMOBILIÁRIOS
Recorrida : DRJ EM SÃO PAULO -SP
Sessão de : 12 de julho de 2000
Acórdão nº : 103-20.334

IRPJ – PREJUÍZOS EM OPERAÇÕES DAY-TRADE – A partir do ano-calendário de 1992 (Lei nº 8.383/1991), os prejuízos obtidos em *day-trade* somente poderão ser compensados com ganhos obtidos nesse mesmo tipo de operação ou com *hedge*, sendo vedada a respectiva dedução na apuração do lucro real.

ÔNUS DA PROVA – Na relação jurídico-tributária o *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Inicialmente cabe ao Fisco investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência, ou não, do fato jurídico tributário, no sentido de realizar o devido processo legal, a verdade material, o contraditório e a ampla defesa. Ao sujeito passivo, entretanto, compete, igualmente, apresentar os elementos que provam o direito alegado, bem assim elidir a imputação da irregularidade apontada.

Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SOGERAL S/A CORRETORA DE CÂMBIO, TÍTULOS E VALORES IMOBILIÁRIOS.

ACORDAM os Membros da Terceira 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. A recorrente foi defendida pela Drª Camila Cavalcanti Varella Guimarães, inscrição OAB/SP nº 156.028


CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


MARY ELBE GOMES QUEIROZ MAIA
RELATÓRIA

FORMALIZADO EM: 15 SET 2000

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: EUGÊNIO CELSO GONÇALVES (Suplente Convocado), MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, ANDRÉ LUIZ FRANCO DE AGUIAR, SILVIO GOMES CARDOZO, LÚCIA ROSA SILVA SANTOS E VICTOR LUIS DE SALLES FREIRE.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

Recurso nº : 121.401
Recorrente : SOGERAL S/A CORRETORA DE CÂMBIO, TÍTULOS E VALORES IMOBILIÁRIOS

RELATÓRIO

O presente processo refere-se ao Recurso Voluntário interposto por SOGERAL S/A CORRETORA DE CÂMBIO, TÍTULOS E VALORES IMOBILIÁRIOS, constituído de cópias do processo original de nº 13805.006927/9466, objeto de recurso *ex officio* nº 121.399, que se encontra em julgamento, igualmente, nessa Egrégia Terceira Câmara.

SOGERAL S/A CORRETORA DE CÂMBIO, TÍTULOS E VALORES IMOBILIÁRIOS empresa já qualificada nos autos, recorre, às fls. 51/56, a este Conselho de decisão proferida, às fls. 40/46, pelo Sr. Delegado da Receita Federal de Julgamento em São Paulo - SP, que julgou parcialmente procedente o lançamento objeto do Auto de Infração, cópia às fls. 17, contra ela lavrado, relativo à exigência do IRPJ, e improcedente a autuação reflexa para Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, exercício 1994, ano-calendário de 1993, às fls. 22.

Consoante Termo de Descrição dos Fatos e Enquadramento legal de fls. 18 do processo, o citado lançamento é decorrente de procedimento *ex officio*, através do qual a autoridade administrativo-fiscal efetuou a glosa de despesas relativas a prejuízo verificado com operações *daytrade*, realizadas, pela contribuinte, no período de março a agosto do ano de 1993, que foram consideradas como indevidamente compensadas com o lucro real. Enquadramento legal: IRPJ – art. 28 da Lei nº 8383/1991 e art. 710 do RIR/1994, e CSLL - artigo 2º e seus parágrafos da Lei nº 7.689/1988.

De acordo com o Termo de Constatação e Verificação Fiscal de fls. 03/05, o lançamento decorreu dos seguintes fatos:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

1. A contribuinte efetuou operações com ouro ativo financeiro, *daytrade*, sujeitando-se ao artigo 28 da Lei nº 8383/1991 – que estabelece que os prejuízos decorrentes de operações financeiras somente poderão ser compensados com os resultados positivos da mesma atividade;
2. Por se tratar a pessoa jurídica de corretora, ela teria condições de manipular o valor de venda no Balcão com o intuito de proporcionar ao cliente um ganho no curto prazo com vantagem sem incidir tributo;
3. Foi constatado que a citada corretora adquiria ouro na BM&F, pagando o preço de mercado e liquidando financeiramente em (D+1), ou seja, o pagamento da operação somente era realizado no dia seguinte. Em seguida, no mesmo dia, a corretora vendia o ouro (D+0) no Mercado à Vista, via Balcão por um preço inferior ao de mercado, realizando prejuízos nas citadas operações enquadradas como *day-trade*;
4. Esse deságio podia ser compensado com outras aplicações financeiras de curto prazo pois a corretora tinha 1 dia útil para trabalhar o dinheiro;
5. Por sua vez, clientes da corretora, adquirentes de ouro via Balcão, vendiam, no mesmo dia, o mesmo ouro, a preço de mercado na BM&F através da própria Corretora (D+0);
6. Considerando-se que a liquidação financeira da operação era (D+1), a remuneração para pelo Banco era a diferença entre o valor de venda e o valor de resgate da aplicação. Foi observado que sobre o rendimento não incidiu nenhum tributo;
7. Por se tratar de operação *daytrade*, a Corretora tinham condições de manipular o valor de venda no Balcão com o intuito de proporcionar ao cliente um ganho no curto



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

prazo, com a vantagem de sobre esse rendimento não haver nenhuma incidência de quaisquer tributos;

8. Foi informado, também, que não havia custódia do ouro negociado, tendo em vista que o mesmo era comprado e vendido no mesmo dia pela recorrente - SOGERAL.

Às fls. 06 foi anexado cópia do demonstrativo elaborado pelas autoridades fiscais, no qual consta os valores das operações efetuadas pela contribuinte.

Em sua defesa, às fls. 25/39, a empresa solicitou a improcedência do lançamento arguindo sinteticamente:

1. Inicialmente esclarece, quanto à suposição do fiscal, de que inexistia ouro em custódia, que havia ouro custodiado para amparar as operações;
2. De pronto a contribuinte aceita a glosa dos prejuízos no lucro real, tendo em vista o artigo 28 da Lei 8.383/1991, por ser a operação caracterizada como de renda variável, de acordo com o artigo 29 da Lei nº 8.541/1992;
3. Impugna, entretanto, o valor lançado para o IRPJ pois o auditor deixou de considerar no lançamento os ganhos que também foram computados no lucro real, relativos às mesmas operações que também deveriam ser dele excluídos;
4. A contribuinte fez os cálculos tomando por base o valor dos demonstrativos elaborados pelo próprio fiscal, adotando o procedimento que considerou correto para apuração tendo concluído ser notória a arbitrariedade da fiscalização, pois não há dúvidas de que a alienação fora de bolsa deve ser tributada na forma do artigo 29 da Lei nº 8.541/1992;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

5. No tocante à CSLL, apesar de a fiscalização reconhecer que tratava-se de operação de renda variável, e ter adotado tratamento específico para o IRPJ, igualmente, procedeu à mesma glosa dos prejuízos e fez refletir na base de cálculo da CSLL. Nesse ponto, suscita a nulidade da autuação por entender que a autoridade fiscal deixou de citar o dispositivo legal infringido o que invalida o auto, pois é inegável que o resultado de aplicações financeiras de renda fixa ou renda variável compõem o lucro líquido da empresa para fins da CSLL, ao contrário do IRPJ e IRFON.

Por meio da Decisão DRJ/SPO N° 001510/99, às fls. 40/46, a autoridade julgadora a *quo* manteve, parcialmente, o lançamento, para o IRPJ, tendo considerado improcedente o lançamento para a CSLL, cuja ementa transcreve-se a seguir:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ementa: PREJUÍZOS COM OPERAÇÕES DAYTRADE.

Os prejuízos decorrentes de operações financeiras de compra e subsequente venda de ouro, ativo financeiro, realizadas no mesmo dia (day-trade), somente podem ser compensados com ganhos auferidos em operações da mesma espécie, sendo indedutíveis para efeito de determinação do lucro real, base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL

Ementa: TRIBUTAÇÃO REFLEXA. A legitimidade do lançamento relativo ao IRPJ, quanto à glosa de prejuízos de operações day-trade não se estende, por tributação reflexa, à CSLL, pois não há previsão legal para a inclusão na base de cálculo da mesma.

Ementa: MULTA DE OFÍCIO. Reduzida para 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE.”

Às fls. 50 do processo, consta a cópia do Aviso de Recebimento (AR), por meio do qual se verifica que a contribuinte tomou ciência do teor da decisão a *quo* na data de 23/08/1999.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

Inconformada, na data de 23/09/1999, consoante fls. 51/56 dos autos, a empresa autuada interpôs recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes, através do qual argüi:

1. A decisão de primeira instância funda-se em alegação improcedente que não merece ser acolhida;
2. A recorrente ratifica a sua concordância com o lançamento quanto à compensação de prejuízos auferidos em *daytrade* com o lucro real, bem assim, que os citados prejuízos somente poderiam ser compensados com operações da mesma natureza ou operações de cobertura *hedge*, pelo artigo 23 da lei 8.383/1991;
3. Em seu favor, entretanto, suscita que não foi observado, tanto pelo fiscal como pela autoridade julgadora, que, no mesmo período, a recorrente possuía ganhos na monta de Cr\$ 27.883.713,64 decorrentes de *hedge*, conforme balancetes e demonstrativo contábil anexados, às fls. 58/65;
4. Entende que o procedimento legal correto seria a compensação dos prejuízos glosados com os ganhos auferidos pela contribuinte, e, ainda, da parcela remanescente deveria ser abatido o valor do IRPJ já recolhido conforme DARF anexo, FLS. 67.

Por meio do despacho de fls. 68, foi negado seguimento ao recurso, por falta do depósito recursal e determinado o prosseguimento da cobrança.

As fls. 69, consta a remessa de nova intimação, com relação à cobrança amigável, mediante a qual foi comunicado à contribuinte que a falta de pagamento no prazo de 30 dias ensejaria a remessa do processo à cobrança executiva.

As fls. 72, a contribuinte, na data de 09/11/1999, fez a juntada de cópia de despacho liminar, fls. 73/75, proferido em agravo de instrumento, por meio do qual verifica-



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

se que o Sr. Dr. Juiz da 10ª Vara Federal de São Paulo-SP, concedeu liminar favorável à empresa, no sentido de que o recurso voluntário por ela interposto fosse encaminhado à instância julgadora *ad quem*, independentemente do depósito recursal.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

VOTO

Conselheira MARY ELBE GOMES QUEIROZ MAIA, Relatora

Tomo conhecimento do recurso voluntário, por tempestivo, em obediência à liminar concedida pelo Sr. Dr. Juiz da 10ª Vara Federal de São Paulo-SP, no sentido de que esta instância julgadora aprecie o recurso voluntário da contribuinte constante do presente processo administrativo tributário.

Após a análise minuciosa das peças processuais passo a examinar os argumentos do recurso voluntário em confronto com os termos do lançamento do crédito tributário, da decisão proferida pela autoridade administrativo-julgadora de primeira instância e com o melhor direito aplicável à espécie.

Preliminarmente, não assiste qualquer razão à recorrente no tocante à arguição de que a decisão de primeira instância fundou-se em alegação improcedente, haja vista que da leitura de tal peça do processo constata-se que a mesma foi prolatada, quanto à forma e ao conteúdo, em estrita obediência às leis materiais e processuais que regem à espécie.

Não se vislumbra nos autos qualquer ofensa ou violação de direito da contribuinte, haja vista que pela simples leitura do recurso voluntário, constata-se que os fundamentos fáticos e legais que motivaram a decisão singular, foram devida e inteiramente por ela compreendidos e atacados, o que atende plenamente ao devido processo legal e prestigia os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, inexistindo, portanto, qualquer prejuízo a ser alegado nesse sentido.

Vale salientar que as autoridades julgadoras administrativas detêm a competência legal para formar livremente a sua convicção, com base na lei e na prova dos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

autos, devendo demonstrar os motivos que fundamentam a sua decisão. Nesse sentido, não merece reparo a decisão do Sr. Delegado da Receita Federal de Julgamento, consoante a leitura das motivações relativas às preliminares e ao mérito do lançamento tributário em confronto com a impugnação apresentada naquela instância.

Quando a autoridade de primeira instância considerou os autos prontos e aptos a que fosse proferido o julgamento, significou que nele não havia constatado qualquer prejudicial ou vício que eivasse de nulidade o lançamento do crédito tributário. Igualmente, da leitura da peça recursal, verifica-se que da decisão recorrida não resultou qualquer prejuízo ou óbice ao amplo direito de defesa da recorrente.

Cumprе ressaltar, *ad argumentandum tantum*, que mesmo que exsurdisse qualquer falha no instrumento de lançamento ou na decisão *a quo*, ela estaria totalmente suprida através dos próprios termos tanto da impugnação como do recurso voluntário, pois tais peças demonstram, claramente, que a contribuinte entendeu e conhecia quais as causa e supostas irregularidades que motivaram a atuação, tendo exercido, na sua amplitude, o seu direito de defesa.

Adentrando-se no mérito propriamente dito da irregularidade atuada, constata-se que a matéria ora *sub judice*, tem seu cerne em questões probatórias, cuja solução demanda um acurado exame dos elementos constantes nos autos, à luz do direito, no sentido de demonstrar a correção do lançamento do crédito tributário, bem como da decisão administrativa singular, consoante os fundamentos que motivaram a convicção e formaram o livre convencimento do presente voto, como a seguir passa-se a expor:

Trata-se de exigência relativa à incidência de tributação sobre operações *day-trade*, cujo aplicação das normas legais não está sendo objeto de contestação por parte da recorrente.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

Ressalte-se que a própria contribuinte reconheceu a validade e eficácia das disposições contidas nas Leis nº 8.383/1991 e nº 8.541/1992, tendo reconhecido, expressamente, a irregularidade objeto do lançamento de crédito tributário *ex officio*, no sentido de acolher a exigência relativa à glosa dos prejuízos fiscais decorrentes de operações *day-trade*, cuja dedutibilidade no lucro líquido era indevida, com vista à apuração do lucro real, base de cálculo do IRPJ.

De acordo com as normas legais vigentes à época da autuação, observa-se que as operações no mercado variável, a partir do ano-calendário de 1992 passaram a se submeter a tributação especial, haja vista as regras específicas contidas nas Leis nº 8.383/1991 e nº 8.541/1992.

As alterações introduzidas visaram a impedir que tais operações fosse utilizadas, por meio de artifícios ou manobras, com vista à indevida redução da base de cálculo do IRPJ, tendo sido restringida a compensação dos prejuízos decorrentes de operações iniciadas e encerradas no mesmo dia (*day-trade*), os quais passaram a ser compensáveis somente com ganhos auferidos em operações da mesma espécie (*day-trade*) ou com *hedge* realizadas em uma ou mais modalidades operacionais.

Acerca do assunto já tivemos oportunidade de nos manifestar, mediante a seguinte opinião:

*43 –MERCADOS DE RENDA VARIÁVEL (...)

Compreendem as operações realizadas pelas pessoas jurídicas, em bolsas de valores, mercadorias, futuros e assemelhados, abrangendo também a alienação de ouro, ativo financeiro, fora de bolsa e ganhos auferidos na alienação de ações no mercado de balcão.

Também são chamados de 'mercado de risco', haja vista que o investidor, ao final da aplicação, não tem certeza de auferir um rendimento, nem mesmo em valores nominais, pois o preço dos ativos negociados não pode ser dimensionado no momento da aplicação, podendo variar para mais ou para menos no momento do resgate em relação ao preço de aquisição.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

43.2 – Ganho Líquido (...)

Considera-se ganho líquido o resultado positivo auferido nas operações ou contratos liquidados em cada mês, admitida a dedução dos custos e despesas incorridos, necessários à realização das operações e a compensação das perdas efetivada ocorridas no mesmo período em cada uma das modalidades operacionais." (MAIA < Mary Elbe Gomes Queiroz. Tributação das Pessoas Jurídicas, Brasília: Editora UNB, 1997, pp. 403-404).

Cumprе ressaltar, todavia, que em decorrência da própria natureza, da sistemática de apuração e da tributação nesse mercado, os ganhos líquidos teriam que ser tributados em cada mês e as perdas havidas nas operações somente poderiam ser compensadas com posteriores ganhos. Não havia a possibilidade de se compensar resultados positivos anteriores com perdas posteriores. Igualmente, as receitas obtidas não poderiam deixar de ser tributadas para ficarem "guardadas" à espera de possível compensação com prejuízos posteriores que poderiam ocorrer, ou não, haja vista que trata de mercado de risco.

Na verdade, as operações chamadas *day-trade* (operações iniciadas e encerradas no mesmo dia) realizadas em Bolsas de Valores, pelas características e a natureza de que se revestem, podem prestar-se, facilmente, ao desvirtuamento do seu respectivo mecanismo de funcionamento, por permitir que sejam efetuadas eventuais negociações com o intuito exclusivo de realizar lucro ou prejuízo, previamente acertado entre as partes envolvidas na operação, que beneficie um ou todos nela envolvidos.

Tais operações, quando revestidas de manobras ou artifícios podem destinar-se, entre outras causas, à legitimar acréscimos patrimoniais não justificáveis, à criar resultados fictícios de lucro ou prejuízo, à transferência de recursos para terceira pessoa, chegando, em última instância, até mesmo, à redução de resultados tributáveis com vista ao pagamento a menor de tributo e/ou de contribuição.

A Administração Tributária, através do Parecer Normativo nº 28/1983, manifestando-se acerca dos prejuízos havidos em operações *day-trade*, mesmo antes de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

existir qualquer previsão legal expressa no sentido da exclusão de tais resultados na apuração do lucro real, base de cálculo do IRPJ, já adotava o entendimento de que esses resultados, quando dotados de artificialismo, não poderiam ser computados na base de cálculo do imposto, consoante transcreve-se a seguir:

" Entre as operações realizadas nas Bolsas de Valores, existem aquelas efetuadas nos mercados a futuro e de opções. Constituem modalidades operacionais que envolvem negociação de ações ou de direitos sobre elas incidentes, em que não necessariamente as ações objeto dessas negociações terminam por ser transferidas entre partes. Quando um investidor se compromete a vender ou a comprar determinado lote de ações de uma companhia ou de direitos a elas referentes e, no pregão do mesmo dia, adquire ou vende idêntica quantidade da mesma espécie de ação, o negócio é denominado, no jargão comercial, 'day-trade'.

2. Nada há que se questionar quanto à liceidade dessas operações desde que realizadas dentro dos objetivos que inspiram a sua instituição e na conformidade da regulamentação disciplinadora das operações efetuadas em Bolsa de valores.

2.1. Todavia, negociações têm sido realizadas nesses mercados, geralmente envolvendo operações 'day-trade' no mercado de opções, em que investidores e intermediários ajustam previamente os resultados com o objetivo de transferir recursos de uma das partes da operação para a outra – na maioria das vezes, de sociedade comercial para sócios ou administradores desta – ensejando, simultaneamente, sonegação fiscal e pretensa legitimação de recursos, cuja origem não tenha sido comprovada perante o Fisco.

...
2.3 – (...) o traço comum é o objetivo final de produzir perda na pessoa jurídica, em contrapartida de lucros, em favor da pessoa física, na presunção de que ambas obterão proveito fiscal perante o imposto de renda. (...)

3. As operações simuladas, com as nuances descritas, contrariam frontalmente os princípios estatuídos na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que disciplina o mercado de valores mobiliários. Essas práticas são expressamente repudiadas pelo referido diploma legal, quando confere autoridade ao Conselho Monetário nacional e à Comissão de Valores Mobiliários no sentido de evitar ou coibir qualquer manipulação destinada a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado (art. 4º, nº V).

...
5.1. No caso de operações realizadas com o intuito de gerar prejuízo na pessoa jurídica, o resultado não é aceito para reduzir a base de cálculo do imposto de renda (lucro real) seja porque operações contrárias à lei e à ordem pública não podem constituir objeto da pessoa jurídica legalmente constituída (Lei nº 6.404/76, art. 2º, combinado como parágrafo único do art. 172 do RIR/80), seja porque as correspondentes despesas não satisfazem aos requisitos de dedutibilidade previstos no artigo 191 do RIR/80."

Adentra-se, aqui, no campo do ônus probatório na relação jurídico-tributária.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

Para o enquadramento e caracterização de uma relação como jurídico-tributária é imprescindível que haja a prova irrefutável de que os fatos da vida real transmudaram-se efetivamente em fatos geradores de tributos pela respectiva subsunção à hipótese de incidência prevista em abstrato na lei, qual a sua quantificação e qual o momento da incidência do imposto.

Os fatos tributários não são notórios que prescindem de prova, prevalece, sempre, no processo administrativo-tributário, a máxima *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Portanto, aquele que argüi direito em seu favor deverá demonstrar e provar esse direito, seja ele o sujeito ativo seja ele o sujeito passivo da relação jurídico-tributária.

Nesse sentido, já expressamos o nosso entendimento (MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. *O Lançamento Tributário – Execução e Controle*. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 141-142):

IV.2.4. Dever ou ônus da prova

À autoridade lançadora compete o dever e o ônus de investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência, ou não, do fato jurídico tributário e apurar o *quantum devido* pelo sujeito passivo, somente se admitindo que se transfira ou inverta ao contribuinte o *onus probandi*, nas hipóteses em que a lei expressamente o determine como, por exemplo, quando se tratar de hipóteses tipificadas como presunções, que na verdade se ratam de indícios erigidos pela lei como suficientes para inverterem o ônus da prova (...).

...

Nesse mesmo sentido são as lições de Enrico Allorio, para quem a prova da situação-base do tributo diz respeito ao Fisco e a prova da inexistência ou circunstância impeditiva de tal situação ou, ainda, do fato extintivo da obrigação é intuitivo que compete ao contribuinte

...

De regra à autoridade lançadora incumbe o ônus da prova da ocorrência do fato jurídico tributário ou da infração que deseja imputar ao contribuinte."

Acerca do ônus da prova, são magistrais as lições do Dr. Luiz Henrique Barros de Arruda (*Processo Administrativo Fiscal*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p.24), o qual entende que:

"Por derradeiro, destaque-se que a atribuição do ônus da prova ao Fisco não o impede de efetuar o lançamento de ofício, com base nos elementos de que dispuser, quando o contribuinte, obrigado a prestar a declaração ou intimado a informar sobre fatos de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

interesse fiscal de que trata ou deva ter conhecimento, se omite, recusa-se a fazê-lo, ou o faz insatisfatoriamente.

Assim, inclusive, o autorizam os arts. 148 e 149 do CTN e 889, 894 e 895 do RIR/94."

Igualmente, é pertinente também a opinião do Dr. Luís Eduardo Schoueri (*Presunções Simples e Indícios no Procedimento Administrativo Fiscal* ". In *Processo Administrativo Fiscal*. São Paulo: Dialética, vol 2, p. 81).

"O ônus da prova é regulado em nosso Ordenamento, nos termos do artigo 333 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

'Art. 333 – O ônus da prova incumbe:
I – ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito.'

Com efeito, como ensinam Tipke e Kruse, também no Direito Tributário prevalecem as regras do ônus objeto da prova que – excetuados os casos em que a lei dispuser em diferentemente – impõem caber o dever de provar o alegado à parte de quem a norma corre."

Ainda, sobre o ônus da prova, não se poderia deixar de fazer referência ao mestre Alberto Xavier (*Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 133), que assim expressa seu entendimento:

"Nos casos em que não existe ou é deficiente a prova direta pré-constituída, a Administração fiscal deve também investigar livremente a verdade material. É certo que ela não dispõe agora de uma base probatória fornecida diretamente pelo contribuinte ou por terceiros; e por isso deverá ativamente recorrer a todos os elementos necessários à sua convicção.

Tais elementos serão, via de regra, constituídos por provas indiretas, isto é, por fatos indiciantes, dos quais se procura extrair, com o auxílio de regras da experiência comum, da ciência ou da técnica, uma ilação quanto aos fatos indiciados. A conclusão ou prova não se obtém diretamente, mas indiretamente, através de um juízo de relação normal entre o indício e o tema da prova. Objeto de prova em qualquer caso são os fatos abrangidos na base de cálculo (principal ou substitutiva) prevista na lei: só que num caso a verdade material se obtém de um modo direto e nos outros de um modo indireto, fazendo intervir ilações, presunções, juízos de probabilidade ou de normalidade. Tais juízos devem ser, contudo, suficientemente sólidos para criar no órgão de aplicação do direito a convicção da verdade."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

É importante salientar, também, que todas as operações, transações e os registros contábeis da pessoa jurídica deverão estar respaldados em documentais hábeis, idôneos e irrefutáveis, para que possam fazer prova a favor do direito contribuinte. Do contrário, poderão ser impugnados pelas autoridades fiscais administrativas. Não podendo ser considerado como prova, apenas, simples documentos da própria emissão da pessoa jurídica, sem qualquer detalhamento ou perfeita individualização, através do quais não se possa aferir a veracidade e a correção dos respectivos dados neles constantes.

A contribuinte, inegavelmente reconheceu a prática da operação, tendo limitado-se, apenas, a arguir, em seu favor que deveriam ser excluídos, também, na apuração do lucro real, supostos ganhos obtidos em operações de *day-trade* e, também em *hedge*. Entretanto, examinando, minuciosamente, todos os documentos carreados pela contribuinte em sua defesa, neles nada pode se vislumbrar que lhe seja favorável.

A seu favor, a recorrente limitou-se, tão-somente, a carrear simples xerocópias de pretensos ganhos nesse tipo de mercado, nada mais trazendo que pudesse demonstrar e revelar a estrita conexão dos ganhos obtidos, bem como quem foram os legítimos beneficiários de tais ganhos. Nada consta nos autos que possa demonstrar de modo hábil e inequívoco o suposto direito argüido pela contribuinte.

No caso ora em apreciação, o acolhimento das razões de recurso somente seria admissível se tais alegações estivessem acompanhadas de documentos hábeis suficientes para legitimar o pretendido direito à exclusão da base de cálculo do lucro real, dos ganhos, igualmente, à do prejuízo.

Portanto, nesse momento, o ônus de provar o seu direito estava com a recorrente, configurando-se a hipótese como um dever imposto ao sujeito passivo da relação jurídico-tributário a efetiva e detalhada existência e respectivos valores dos



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

ganhos que deveriam, igualmente, aos prejuízos serem excluídos do lucro real para que o artificialismo ínsito a essas operações não contaminasse a base de cálculo do IRPJ.

Contudo, a recorrente, não logrou provar as suas alegações, de modo inequívoco, em nenhum momento do curso processual, quer perante a autoridade julgadora a *quo* quer perante esse colegiado. Preferindo, arguir, em seu favor, apenas, frágeis argumentos, destituídos de qualquer respaldo fático ou legal. Em relação a tais arguições nada há que possa favorecer contribuinte.

Como se não bastasse tal verdade cristalina, está claro, através de acurado exame das peças processuais, que as autoridades fiscais lançadoras, procederam a um cuidadoso trabalho no sentido de construir os elementos que serviram de fundamento para o lançamento. Nesse sentido é irretocável o Termo de Constatação e Verificação Fiscal de fls. 03/05.

A prova dos supostos ganhos era imprescindível, pois ela era que justificaria e traria a verdade dos fatos, no sentido de revelar a certeza do direito alegado pela recorrente, à exclusão, também, de ganhos obtidos no mercado de renda variável e em operações *day-trade* ou *hedge*.

Na presente hipótese, foi irretocável o procedimento fiscal no tocante à realização do devido processo legal, da verdade material, do contraditório e da ampla defesa.

Está perfeitamente caracterizada a ocorrência da irregularidade apontada pelas autoridades fiscais, as quais cuidaram efetivamente de construir os elementos suficientes para provar a ocorrência da prática da infração imputada à recorrente que, apesar de fazer arguições, em nenhum momento, conseguiu carrear provas ou demonstrar, de modo hábil e irrefutável o seu pretense direito à aludida exclusão.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 16327.002776/99-52
Acórdão nº : 103-20.334

Ora, estando comprovada a indevida redução do lucro líquido, afetado por prejuízos resultantes de operações em *day-trade*, e não havendo qualquer valor comprovado a ser, igualmente excluído na apuração do lucro real, não há como se acolher os argumentos apresentados pela contribuinte no seu recurso voluntário.

CONCLUSÃO:

Diante do exposto, oriento o meu voto no sentido de **NEGAR** provimento ao recurso voluntário, mantendo-se integralmente a decisão administrativo-julgadora singular.

Sala das Sessões - DF, em 12 de julho de 2000


MARY ELBE GOMES QUEIROZ MAIA