



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Mfaa-7

Processo nº : 16327.004076/2003-12
Recurso nº : 143654
Matéria : IRPJ E CSLL – Ex.: 2000
Recorrente : FINAMBRÁS CORRETORA DE CÂMBIO, TÍTULOS E VALORES
MOBILIÁRIOS LTDA
Recorrida : 8ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SPO I
Sessão de : 09 DE NOVEMBRO DE 2005
Acórdão nº : 107-08.342

PAF - PROVA - É lícita a utilização de elementos coligidos em processo administrativo de órgão diverso, quando sobre eles a fiscalização tributária tira suas próprias conclusões, ainda que as mesmas coincidam com as averiguações empreendidas pelo órgão cedente.

IRPJ - CSLL - ERRO NA MENÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - INOCORRÊNCIA - A simples ocorrência de erro no enquadramento legal da infração não é bastante, por si só, para acarretar a nulidade do Auto de Infração quando a descrição dos fatos, que dele é parte integrante, e os cálculos efetuados pelo fisco para encontrar a matéria tributável permitem ao autuado o conhecimento por inteiro do ilícito que lhe é imputado. (1º Conselho de Contribuintes / 7a. Câmara / ACÓRDÃO 107-06998 em 27.02.2003)

IRPJ/CSLL - PREJUÍZOS FICTÍCIOS EM OPERAÇÕES *DAY-TRADE* - REDUÇÃO INDEVIDA DO LUCRO LÍQUIDO - Não podem ser aceitos como redutores do lucro líquido do período de incidência prejuízos criados artificialmente, mediante procedimentos notoriamente simulados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FINAMBRÁS CORRETORA DE CÂMBIO, TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, AFASTAR as preliminares e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA
PRESIDENTE


LUIZ MARTINS VALERO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 13 DEZ 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NATANAEL MARTINS, ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, OCTAVIO CAMPOS FISCHER, HUGO CORREIA SOTERO, NILTON PÊSS e CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES.



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

Recurso nº : 143654
Recorrente : FINAMBRÁS CORRETORA DE CÂMBIO, TÍTULOS E VALORES
MOBILIÁRIOS LTDA.

RELATÓRIO

Contra a contribuinte nos autos identificada fora lavrados Autos de Infração de Fls. 288/295, para formalização e cobrança de créditos tributários relativos diretamente ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, e reflexamente à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, totalizando à época R\$ 692.855,19 incluídos juros de mora e multa qualificada.

Tais Autos de Infração foram lavrados em decorrência da constatação de irregularidades quando do reconhecimento de prejuízos fiscais apurados em operações de *day-trade*, realizadas em bolsa, como despesas dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL referentes ao ano-calendário de 1999.

Consta no Termo de Verificação Fiscal – TVF de Fls. 284/287, que a contribuinte realizara no ano-calendário 1999, operações na BM & F com contratos de Ibovespa Futuro, iniciadas e encerradas no mesmo dia, conforme diversas Notas de Negociação nos autos apontadas.

Ao analisar a documentação fornecida pela interessada, a autoridade fiscal verificou que as operações intermediadas pela São Paulo Corretora de Valores, constantes nessas Notas de Negociação, apresentavam prejuízos conforme demonstrativo de Fls. 219/221. Tais prejuízos foram contabilizados mediante registros efetuados nas Fichas Razão de Junho de 1999, perfazendo um total de R\$ 659.700,00.

Em razão disso, corroborada pela realização do Inquérito Administrativo CVM nº 02/02 que apontara a existência de irregularidades no desenvolvimento dessas operações, aparentemente lícitas, a conclusão da autoridade fiscal firmara-se no sentido de considerar fraudulenta a operação pela qual a autuada adquiria contratos Ibovespa Futuro a preços mais elevados e os vendia à determinadas



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

pessoas físicas, com o intermédio da São Paulo Corretora de Valores, a preços inferiores da cotação média do dia, resultando logicamente em prejuízo, concomitantemente, essas mesmas pessoas físicas que adquiriam contratos Ibovespa Futuro a preços inferiores, os vendiam a preço do dia, apurando lucro exatamente igual ao prejuízo da autuada.

Conforme relatório da CVM, nessa operação, por eles denominada “esquenta – esfria”, os prejuízos experimentados pela contribuinte eram compensados com pagamentos “por fora”. Contabilmente tais prejuízos registrados reduzem a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Ao oferecer a fundamentação legal para o feito, a autoridade fiscal apontara os seguintes dispositivos:

- Quanto ao IRPJ – artigos 249, I, 251 parágrafo único, 299 e 300 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99;
- Quanto à CSLL – artigo 2º da Lei 7.689/88, artigo 1º da Lei 9.316/96, artigo 28 da Lei 9.430/96, artigo 7º da Medida Provisória nº 1.807/99 e artigo 6º da Medida Provisória nº 1.858/99.

Descontente com as exigências fiscais das quais tomara conhecimento em 23/12/2003, Fls. 290/294, oferecera em 22/01/2004 tempestiva impugnação de Fls. 300/336, alegando em sua defesa os seguintes pontos.

- Inicialmente, aduziu que as conclusões da autoridade fiscal encontravam-se baseadas exclusivamente em informações extraídas dos relatórios elaborados pela Comissão de Valores Imobiliários – CVM, versadas sobre processo administrativo ainda pendente de julgamento e instaurado para apurar operações de pessoa jurídica diversa do sujeito passivo. Afirmou também, que não fora efetuada nenhuma diligência para verificar a veracidade



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

- das provas apontadas no referido inquérito. Disse tratar-se de prova emprestada arguindo sua imprestabilidade.
- Sustentou que o fundamento apontado para a realização do lançamento tributário é descabido, e que o evidente intuito de fraude sugerido pela autoridade fiscal há que ser comprovado, sendo inadmissível a simples presunção.
 - Asseverou que a tipificação da hipótese de incidência tributária restou viciada, uma vez que os dispositivos legais elencados pelo autuante não encontram subsunção nos fatos narrados. Argumentou que os prejuízos decorrentes das operações de *day-trade* correspondem a despesas usuais, normais e necessárias, inerentes à atividade desenvolvida pela contribuinte.
 - Saliou que as operações de day-trade são de renda variável, imprevisível, e cujos ganhos e perdas não são previamente estipulados, não podendo ser caracterizadas como coincidentes pela simples verificação de seus resultados. Ademais, tais operações foram realizadas em pregão na BM & F, não havendo como pretender questionar a validade ou regularidade das operações pela singela constatação de implicarem redução na base de cálculo de tributos.
 - Ressaltou que a legislação não prevê restrições para a dedutibilidade dos prejuízos experimentados pela autuada para fins de IRPJ e CSLL, não restando dúvidas que tais prejuízos coadunam com o disposto no artigo 299 do RIR/99.
 - Contestou a alegação do agente fiscal de que houvera intenção de "fabricar prejuízos", classificando como "sem fundamento" as afirmações do autuante no sentido de considerar fraudulentas e



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

simuladas as operações realizadas pela empresa, as atribuindo o único intuito de lesar o Fisco.

- Reiterou que fraude e simulação não se presumem, devendo ser sobejamente comprovadas. Complementou afirmando que a Câmara Superior de Recursos Fiscais têm 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,
- Aduziu que para a lavratura dos Autos de Infração é necessária a certeza do cometimento de alguma irregularidade, afastando a possibilidade de sustentar-se uma autuação em meros indícios.
- Insurgiu-se contra a aplicação da multa qualificada por entender que sua imposição prescinde da aferição de dolo específico.
- Atentou para o fato de que admitindo que as despesas fossem desnecessárias, portanto indedutíveis quanto ao IRPJ, quanto à CSLL, a legislação não prevê a indedutibilidade desse tipo de despesas, alegou que quando o legislador quis prever a indedutibilidade de despesas, o fez expressamente.
- Procurou afastar a aplicação da Taxa Selic por considerá-la de natureza remuneratória, e por ser inconstitucional sua utilização por esta não ser criada por Lei e sim por Circular do Bacen.
- Finalmente, salientou que o cálculo dos juros contido nos Autos de Infração não está de acordo com os percentuais fornecidos pela própria Secretaria da Receita Federal. Enquanto pela SRF o percentual de juros seria de 67,92%, o percentual registrado no referido documento fiscal é de 68,26%, gerando diferença de 0,34%.



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

- Por derradeiro, requereu a desconstituição do crédito tributário e o cancelamento dos Autos de Infração.

Apreciada pela 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo, em sessão de 04/05/2004, a impugnação restou plenamente infrutífera, pois ao acompanhar o voto do relator, os julgadores optaram pela manutenção do lançamento combatido. Materializada a decisão colegiada no Acórdão nº 5.349, os ilustres membros da referida Turma formaram sua convicção sustentando os seguintes aspectos:

- De início refutaram a alegação da impugnante que o feito fiscal haveria encontrado suporte em informações contidas em relatórios elaborados pela CVM, não havendo que se falar em prova emprestada. Teceram comentários sobre a diferença entre provas emprestadas e empréstimo de conclusões.
- Saliaram que as operações sobre as quais versara a autuação encontram-se identificadas pelas cópias de Notas de Corretagem constantes de Fls. 47/54 e emitidas pela BM & F.
- Prosseguiram afirmando que é irrelevante que o processo que "emprestou" a prova seja de titularidade e finalidade diversa ou ainda pendente de julgamento. Ponderaram que as conclusões extraídas do processo da CVM não se prestam para fundamentar a presente exigência, contudo, a provas dele retiradas servirão de elementos para a formação da convicção do julgador.
- Observaram que a autoridade fiscal relatou algumas circunstâncias descritas no relatório da CVM, por exemplo o fato dos prejuízos suportados pela autuada coincidirem com o lucro que as pessoas físicas auferiram na outra "ponta". Afirmaram ainda, que tais circunstâncias poderiam ser contestadas naquele momento



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

processual, não restando de maneira alguma, cerceado o direito a Ampla Defesa.

- Afastaram a alegação de que as referidas operações se classificavam como sendo de renda variável, pois não havia incerteza nos ganhos ou prejuízos que delas decorreram. Invocaram os termos da nota Cofis/Dimeis nº 004 de Fls. 224/225, que retrata essa modalidade de operação.
- Asseveraram que é possível verificar no quadro de Fl. 266, elaborado pela CVM, que no mês de Junho de 1999, a autuada realizara operações de *day-trade* em oito oportunidades, apurando prejuízos coincidentes em datas e valores com os lucros auferidos por outras pessoas físicas, de forma a apresentar uma diferença igual a zero. Com isto, rebateram a alegação de que o agente fiscal baseara-se tão somente em presunções.
- Transcreveram o artigo 72 da Lei 4.502/64 que conceitua fraude, por considerarem que o caso em tela está demonstrado o evidente intuito de fraude, optaram por manter a multa qualificada, afirmando que operações com tal vício não podem ser classificadas como usuais, normais e necessárias.
- Em relação a dedutibilidade quanto a CSLL por falta de previsão legal, considerariam este ponto passível de discussão não fosse o fato das despesas serem fraudulentamente obtidas. Ademais, aduziram que permitir a dedução de despesas originadas de condutas fraudulentas implicaria afronta aos mais fundamentais princípios do Direito. Por isso, aplicaram à questão o mesmo tratamento dispensado ao IRPJ.
- No tocante a Taxa Selic, embora tenham concluído ser cabível sua utilização, posto que estipulada na legislação tributária, observaram



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

que a questão da inconstitucionalidade do referido indexador trata-se de matéria cuja apreciação cabe exclusivamente ao Poder Judiciário.

- Quanto a alegada diferença de 0,34% entre o percentual aplicado nos Autos de Infração e o obtido em consulta à SRF, informaram que o percentual é meramente indicativo, devendo os juros serem recalculados à época do efetivo recolhimento, respeitando o que estabelece o artigo 955 do RIR/99.

Inconformada com o teor plenamente desfavorável do referido acórdão do qual se cientificara em 16/06/2004, AR de Fl. 388, recorre à este Egrégio Primeiro Conselho através de recurso voluntário de Fls. 389/440, protocolado em 15/07/2004 e instruído com arrolamento de bens de Fls. 441/450. Sustenta seu recurso nas seguintes razões:

- Preliminarmente, reitera, consoante os termos da impugnação que o guerreado procedimento padece de vício na tipificação da hipótese de incidência tributária, afirmando que não há coerência entre os entendimentos manifestados pelo autuante e pela DRJ e o teor do dispositivos legais apontados como infringidos. Analisa um a um os artigos elencados comentando sua inadequação. Sugere que o procedimento seja anulado por possuir vício insanável.
- Invoca os artigos 923,924 e 925 do RIR para argumentar que a escrituração regular configura prova em favor da contribuinte, explicitando que a autoridade fiscal pôde examinar toda a escrituração fiscal e os documentos que fundamentam os valores escriturados.
- Assevera que as alegações expostas pela autoridade fiscal não foram extraídas de apuração específica, não sendo juntado ao



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

presente processo, qualquer documento capaz de indicar a ocorrência dos fatos narrados pela referida autoridade.

- Detalha a atividade da recorrente com o intuito de comprovar que todas suas operações são fulcradas na legalidade, em especial as de *day-trade*, apontadas como irregulares no procedimento fiscal.
- Ressalta, reprisando os argumentos da impugnação, que obtenção de prejuízo não é pressuposto de ilegalidade, e que os índices negociados podem valorizar ou desvalorizar sem que se tenha condições de se interferir nessa variação. Alega ainda, que em virtude da rapidez com que se efetuam os negócios na bolsa de valores, a recorrente não tem sequer condições de saber quem figura na outra “ponta”, quanto mais de controlar seus ganhos e prejuízos.
- Insiste que as operações de *day-trade* por constituírem operações de renda imprevisível não podem ser caracterizadas como operações de resultado combinado somente ante a verificação de seus resultados.
- Insurge-se contra o tópico da decisão *a quo* que não reconheceu o direito à dedutibilidade dos prejuízos decorrentes dessas operações devido ao evidente intuito de fraude, argumentando que não restou comprovada a irregularidade das operações da recorrente, e que não existe respaldo na legislação tributária para tal posicionamento.
- Aponta os artigos 771 e 774 do RIR para sustentar que a legislação assegura que as perdas decorrentes de operações de *day-trade* quando verificadas por sociedades análogas a recorrente são dedutíveis na apuração da base de cálculo da CSLL.



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

- Em relação ao evidente intuito de fraude relatado no documento fiscal, pondera que tal afirmação somente poderia prosperar se a CVM tivesse concluído o inquérito em sentido desfavorável à recorrente. Salaria que as conclusões a que chegaram inicialmente o autuante e posteriormente o colegiado de 1ª instância, no sentido de que as aludidas operações eram fraudulentas ou simuladas, carecem de fundamento lógico ou tributário, estando adstritas ao campo das presunções. Reforçando seu entendimento colacionou julgados proferidos pelo Egrégio Conselho de Contribuintes.
- Procura afastar a manutenção da multa qualificada por entender impossível a caracterização de fraude em um negócio jurídico sem que haja uma apuração detalhada dos fatos, comprovando-se o dolo específico de lesar o Fisco.
- No tocante a aplicação da Taxa Selic, oferecendo excertos doutrinários e julgados administrativos e judiciais, reitera o alegado na impugnação para requerer seu afastamento como ditame para fixação de juros de mora.

Por fim, com base no que expôs, requer seja o presente recurso recebido e provido para reformar a decisão de 1º grau, de forma a exonerar o contribuinte do pagamento dos créditos tributários ali ratificados.

Registre-se que ante os fatos apontados, a autoridade fazendária elaborara representação fiscal para fins penais que encontra-se apensada no presente processo administrativo fiscal.

É o Relatório.



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

VOTO

Conselheiro - LUIZ MARTINS VALERO, Relator

Recurso tempestivo e que atende os demais requisitos legais. Dele conheço.

De início importa fazer algumas distinções conceituais, no sentido de melhor posicionar os fundamentos do voto que vou proferir.

O pressuposto para que um custo/despesa seja taxado de indedutível é ter havido o efetivo dispêndio, mas:

a) o documento que o lastreia não reúne os requisitos necessários para que o fisco verifique sua necessidade, usualidade e normalidade nos negócios da pessoa jurídica;

b) o fisco prova não ser o dispêndio usual ou normal nos negócios da pessoa jurídica; ou

c) sua desnecessidade é provada, o que leva o fisco a não aceitar que a base de cálculo do imposto de renda seja reduzida à vista do caráter de liberalidade do desembolso.

Já, custo/despesa inexistente, é o dispêndio falseado, seja para somente reduzir a base de cálculo do imposto de renda, seja para propiciar distribuição de resultados aos sócios antes de sua tributação na pessoa jurídica ou até para encobrir pagamentos a terceiros que a empresa não quer identificar.

O falseamento do dispêndio dá-se por lançamento contábil não amparado documentalmente ou o documento existe mas é materialmente ou ideologicamente falso.



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

É falso o documento adredemente preparado, ainda que contenha todos os requisitos formais, que simula operação que não ocorreu ou dissimula a natureza da verdadeira operação engendrada.

É esta a acusação dos autos. Os valores que reduziram o resultado do período de incidência foram tratados como prejuízos em operações *day trade*. A acusação fiscal é de que, na realidade, decorrem da conhecida operação "esquenta/esfria", redução simulada, portanto.

O caso, portanto não é de aplicação do art. 299 do RIR/99, que trata da indedutibilidade de despesas operacionais, mas sim de infringência aos demais dispositivos legais citados no Auto de Infração. Trata-se de acusação de redução indevida do lucro líquido do exercício, repita-se.

Equívocos na capitulação legal, quando o fato típico encontra-se devidamente descrito no Auto de Infração não o torna nulo nem anulável, mormente quando o contribuinte entendeu perfeitamente a acusação que lhe é feita e está a gozar do amplo contraditório. Neste sentido já decidiu este Colegiado:

"IRPJ - CSLL - ERRO NA MENÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - INOCORRÊNCIA - A simples ocorrência de erro no enquadramento legal da infração não é bastante, por si só, para acarretar a nulidade do Auto de Infração, quando a descrição dos fatos, que dele é parte integrante, e os cálculos efetuados pelo fisco para encontrar a matéria tributável permitem ao autuado o conhecimento por inteiro do ilícito que lhe é imputado. (1º Conselho de Contribuintes / 7a. Câmara / ACÓRDÃO 107-06998 em 27.02.2003)"

Corroborando esse entendimento oportuno citar preciosa observação feita pelo festejado tributarista Marco Aurélio Greco em recente Seminário promovido por este Colegiado¹:

"Neste momento eu diria, o grande perigo é a armadilha dos conceitos. A cautela que nós temos que ter é não idolatrar o espelho.

¹ I Congresso de Direito Tributário dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda - Brasília, 14 a 16 de setembro de 2005.



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

O conceito jurídico não é mais do que um espelho da realidade. São indispensáveis, todo desenvolvimento filosófico, jurídico que foi feito nos últimos 30 anos no Brasil é importantíssimo, mas ele idolatrou a imagem que está no espelho, como se fosse possível lidar com a imagem, sem lidar com a realidade. E o conceito, seja ele conceito de simulação, conceito de fraude à lei, conceito de abuso de direito, eles devem ser figuras meramente operacionais e não dogmas. Ninguém se defende de conceito, as pessoas se defendem de fatos. É uma certa conduta que tem que ser enquadrada na lei, não é um certo conceito abstrato, jurídico que tem que ser enquadrado na lei. E o que eu vejo é que muitas vezes fica: "Não, mas isso é simulação ou é dissimulação? Isso é abuso de forma ou abuso de direito?" Desculpem, eu relaxar um pouco o meu linguajar, eu não estou preocupado com o rótulo que vai se colocar aquela conduta, eu estou preocupado é com a conduta. Como eu via o meu prezado amigo Mário dizendo: "Agora é o momento de Sua Excelência o fato". É isso aí, agora é a hora de Sua Excelência o fato, não do rótulo do conceito, o conceito vem depois, depois é que eu rotulo, primeiro eu tenho que conhecer a realidade, primeiro eu tenho que conhecer o que foi feito efetivamente pelo contribuinte. O que é isso que você fez? [...]"

Os registros contábeis da pessoa jurídica devem refletir com exatidão as operações normais, usuais e regulares, para que sejam confiáveis, bem assim tais operações devem ser praticadas dentro da mais legítima e idônea correção, sob pena de desvirtuar-se os resultados, ferindo a boa técnica contábil, as leis comerciais e princípios contábeis a que devem estar submetidas a escrituração comercial. É este o sentido do art. 251 do RIR/99 constante da capitulação legal do Auto de Infração.

"Não se pode deixar que a liberdade do exercício da atividade comercial e a gerência dos negócios sem limites e restrições pois a livre concorrência e iniciativa somente podem ser exercidas dentro da âmbito da legitimidade e legalidade, não podendo alcançar operações criadas através de manobras artificiais." (Mary Elbe Queiróz no Acórdão nº 103-20.333)

A acusação fiscal é claramente de falsidade dos prejuízos contabilizados utilizados como redutores do lucro líquido dos períodos de apuração do IRPJ e da CSLL.

Quanto aos prejuízos em falsas operações *day trade*, a matéria não é nova neste Colegiado, podendo ser citados as ementas dos seguintes Acórdãos:



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

Primeiro Conselho de Contribuintes: Acórdão nº 105-2.408/1987 -
Relator: José Rocha. Acórdão nº 105-2.313/1987 - Relator: Carlos Agostinho Aléssio
Oliveto. Acórdão nº 105-2.303/1987 - Relator: Digésio Gurgel Fernandes:

*"CUSTOS OU DESPESAS OPERACIONAIS - DESPESAS
FINANCEIRAS - OPERAÇÕES - DAY-TRADE IRREGULARES - São
indedutíveis os prejuízos fictícios e as despesas na realização, por
pessoa jurídica, de operações do tipo day-trade, no mercado de
opções da Bolsa de valores, com artificialismo e atipicidade descritas
no Parecer Normativo CST nº 28/83 e Deliberação CVM nº 14/83,
com a finalidade de reduzir ou evitar o pagamento de imposto de
renda."*

Também adoto, por pertinentes, os argumentos contidos no brilhante
voto proferido pela Dra. Mary Elbe Queiroz no Acórdão nº 103-20.333, resultante do
julgamento do Recurso nº 121399 pela Terceira Câmara deste Conselho.

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.

Exatamente no sentido de coibir a prática artificial de operações em
daytrade, e disciplinar a matéria, a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, expediu a
Deliberação CVM nº 14, de 23 de dezembro de 1983, descaracterizando esse tipo de
operação como sendo normal e típica nos respectivos mercados, consoante o item
transcrito a seguir:



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

"O Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários torna público que, em reunião realizada nesta data, tendo em vista o disposto nos incisos III e V do art. 4º, combinado com o inciso II, letra "a", do art. 18 da Lei nº 6.835/76 e considerando...

DELIBEROU

I - Declarar que as operações consideradas legítimas nos mercados de opções e a futuro não se confundem com negociações efetuadas nesses mercados, embora atendendo a requisito de ordem formal, sejam realizadas com a finalidade de gerar lucro ou prejuízo, previamente ajustados;

II - Ressaltar aos participantes do mercado, especialmente às instituições intermediárias, que as operações a futuros e de opções de compra de ações, que configurem negócios com resultados da rede acertados, por provocarem alterações indevidas no fluxo da ordem de compra e venda de valores mobiliários e, conseqüentemente, no volume de negócios e na formação regular de preços são capitulados pela Instrução CVM nº 08, de 08.10.79, que vedou a prática e definiu o conceito de condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, em obediência ao artigo 18 (item II, b) da Lei nº 6.835, de 07.12.76." (Os grifos não do original).

De acordo com o citado ato, portanto, as operações *daytrade*, quando realizadas com a finalidade de gerar lucro ou prejuízo previamente ajustado, não se configuram como operações legítimas e, por isso, não se enquadram entre aquelas que constituem o mercado de futuro e opções, mesmo que tenham obedecido aos requisitos e quando revestidas das formalidades previstas nas Bolsas de Valores.

A Administração Tributária, pelo Parecer Normativo CST nº 28/1983, já manifestou entendimento de que as operações *day trade*, quando dotadas de artificialismo, não poderiam influenciar a base de dos tributos.

" 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 venda idêntica quantidade da mesma espécie de ação, o negócio é denominado, no jargão comercial, day-trade.



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

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.

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. (...)

(...)

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."

Os registros contábeis da pessoa jurídica, bem como a apuração do lucro líquido contábil, não podem ser contaminados com operações que criem resultados fictícios, especialmente quando esse lucro líquido for a base de cálculo de tributos.

Entendimento em contrário somente serviria para admitir a redução da base de cálculo de tributos ao bel sabor dos desejos e interesses dos sujeitos passivos, o que teria como consequência a afronta à isonomia tributária.

Afasto, portanto a alegação de vício na tipificação da hipótese de incidência. Também não vejo omissão na Decisão recorrida uma vez que os julgadores deixaram claro que se trata de redução indevida do resultado pois as operações, embora tituladas como *day trade*, representam prejuízo artificial.



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

Da mesma forma, não vislumbro nulidade por ausência de prova ou por utilização de prova ou conclusão emprestada da CVM.

É fato que a fiscalização se louvou em demonstrativos e constatações advindas do Processo Administrativo em curso na CVM, mas as conclusões do fisco são autônomas, independem, portanto, da conclusão do processo administrativo naquele órgão.

É certo que meros indícios isolados não se prestam como prova da ocorrência de fatos jurídicos geradores de exigências tributárias. Mas a doutrina evoluiu muito no sentido de aceitar a prova indiciária em matéria de Direito Tributário.

A presunção simples, na qualidade de prova indireta, é meio idôneo para referendar uma autuação, desde que ela resulte da soma de indícios convergentes, o que é muito diferente de uma autuação lastreada apenas no primeiro elemento colhido pelo Fisco.

Se os fatos relatados pelo fisco apresentarem um encadeamento lógico dos indícios convergentes, a prova estará feita no sentido de convencimento do julgador.

Daí a advertência nas lições de Alberto Xavier (XAVIER, 2005, pag. 144:

Em qualquer caso, está-se sempre perante o mesmo objetivo: a descoberta da verdade material, variando apenas os métodos probatórios predominantemente utilizados pela Administração fiscal, métodos esses que exprimem, afinal, as dificuldades e limitação que a natureza do caso concreto suscita à fixação da verdade.

Contudo, as naturais limitações na fixação da verdade não devem conduzir a arvorar-se a simples probabilidade em princípio de decisão. Reconhecer-se que a certeza é relativa - consequência inevitável de todo o juízo histórico - não autoriza a confundir-se a verdade e verosimilhança, enquanto a primeira excluiu a reserva da verdade contrária. É evidente que a convicção do órgão de aplicação do direito é suscetível de graduação e que, portanto, o grau de convicção necessário para se falar em prova há de ser o necessário para justificar a decisão de que se trata no caso concreto.



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

Vislumbro nos autos que a realidade factual descrita pelo fisco evidencia que as operações, embora com a roupagem formal de *day trade*, praticadas pela contribuinte, foram realizadas com artificialismo como descrito pela própria CVM na Deliberação nº 14/1983, cuja característica básica é o prévio ajuste dos negócios e do respectivo resultado, lucro ou prejuízo, no caso em pauta, prejuízo.

O lucro de uma pessoa jurídica e o prejuízo de outra nessas operações artificiais, são duas faces da mesma moeda que revelam o caráter artificial e anormal da operação.

São manobras engenhosas e artificiais, no sentido de criar resultados fictícios que afrontam aos bons costumes, à ordem social, à própria lei, e não podem ser legitimados pelas instâncias julgadoras administrativas.

Nos negócios jurídicos em que presentes as figuras delituosas, mormente na simulação, raramente se lançará mão de provas documentais (diretas). É que elas praticamente não existirão pois a verdade que se quer provar está encoberta pelo pacto simulatório na maioria das vezes verbal, mas que pode ser exteriorizado pelos próprios atos que pretendem dar a aparência negocial.

Nesses eventos as presunções e as provas indiciárias predominam na tentativa do convencimento do julgador de qual é a verdade que se quer provar (verdade relativa).

Helena Tórrès² ensina com maestria:

A precariedade das provas do ato simulado é já, por si só, importante indício para a constituição dos efeitos probatórios da simulação. Eis porque a presunção goza de tanto prestígio como meio de prova para os casos de simulação.

Isto posto, entendo aplicável a qualificação da penalidade eis que o dolo resta patente da própria conduta tendente a redução do resultado do exercício amparado em operações *day trade* simuladas.

² TÓRRES, Heleno - Direito Tributário e Direito Privado: Autonomia Privada: Simulação: Elusão Tributária.



Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

No tocante à exigência também da Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL, tenho votado nesta Câmara pela impossibilidade de, por via reflexa, se exigir CSLL sobre a glosa de despesas indedutíveis.

Mas o caso em exame, como dito, não trata de simples indedutibilidade de despesas. Trata-se de verdadeira redução indevida do lucro líquido do exercício.

Consoante se pode observar da leitura da peça de autuação, a irregularidade autuada encontra-se descrita como falta de recolhimento da CSLL, em decorrência da indevida dedutibilidade de prejuízos havidos, artificialmente, em operações tidas como *day trade*, que resultou, por conseqüência, na também indevida redução da base de cálculo da CSLL, e tem seu suporte legal, como ali indicado, no artigo 2º e seus parágrafos da Lei nº 7.689/1988, que expressamente prevê:

"Art. 2º. A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

§ 1º. Para efeito do disposto neste artigo:

será considerado o resultado do período-base encerrado em 31 de dezembro de cada ano."

Saliente-se que tal dispositivo legal é o efetivamente aplicável e que objetiva disciplinar a espécie, tendo em vista que ele rege a composição da base de cálculo da CSLL, a qual deverá ser corretamente apurada a partir do lucro líquido contábil da pessoa jurídica.

Ora, dúvidas não podem ser suscitadas acerca de que o resultado do exercício, revelado pelo lucro líquido contábil, que serve de base de cálculo para a CSLL, após os respectivos ajustes, necessária e obrigatoriamente, terá que ser apurado de acordo com as leis comerciais e princípios contábeis.

Esse resultado deverá abranger todas as operações, transações, receitas, custos, despesas reais e efetivas, destinados à manutenção da fonte produtora e à produção dos rendimentos, e ser apurado de forma legítima e com base em critérios legais, sem quaisquer influências de manobras engenhosas ou fictícias que visem manipular e alterar o respectivo valor.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº : 16327.004076/2003-12
Acórdão nº : 107-08.342

Atenta contra a razoabilidade, a legalidade e a isonomia, a possibilidade de que possam haver interferências no citado resultado decorrentes de prejuízos ficticiamente criados com vista à redução do lucro líquido e, por decorrência, à redução da base de cálculo da CSLL.

Quanto aos argumentos contra a cobrança dos juros de mora à taxa SELIC, por demais conhecidos deste Colegiado, rejeito-os, face à sua cobrança estar disciplinada em Lei legitimamente inserida no ordenamento jurídico nacional, não cabendo ao julgador administrativo fazer juízo sobre sua eventual inconstitucionalidade.

Face ao exposto, voto por se afastar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 09 de novembro de 2005.



LUIZ MARTINS VALERO