



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

| | |
|--------------------|--|
| Processo nº | 19740.00034/2004-71 |
| Recurso nº | 154.496 De Ofício e Voluntário |
| Matéria | CSLL - EX: DE 2000 |
| Acórdão nº | 101-95.944 |
| Sessão de | 24 de janeiro de 2007. |
| Recorrentes | NONA TURMA DA DRJ NO RIO DE JANEIRO - RJ I e BANCO SANTANDER S. A. |

I.R.P.J. – LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. – O Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido se submetem à modalidade de lançamento por homologação, vez que é exercida pelo sujeito passivo a atividade consistente em determinar a matéria tributável, o cálculo do tributo e o pagamento do “quantum” devido, independente de notificação, sob condição resolutória de ulterior homologação. Assim, dispõe o Fisco do prazo de 5 anos, contado da ocorrência do fato gerador, para homologá-lo ou exigir seja complementado o eventual pagamento antecipadamente efetuado, caso a lei não tenha fixado prazo diferente e não se cuide da hipótese de sonegação, fraude ou conluio (ex-vi do disposto no parágrafo 4º do art. 150 do CTN).

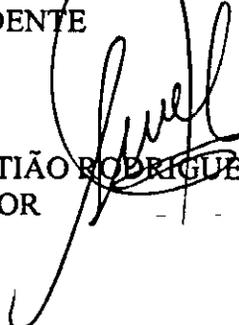
IRPJ - ALIENAÇÃO DE TÍTULOS. PREJUÍZOS. – Os prejuízos obtidos por instituição financeira, em operação de alienação para outra instituição de mesma natureza, ainda que sua controlada, para que possam ser objeto de glosa, esta deve se fundamentar em prova robusta de que a alienação se deu por valor inferior ao de mercado, dela indevidamente se beneficiando a alienante.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO EX OFFICIO - Tendo o Julgador a quo ao decidir o presente litígio, se atido às provas dos Autos e dado correta interpretação aos dispositivos aplicáveis às questões submetidas à sua apreciação, nega-se provimento ao Recurso de Ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recursos interpostos pela NONA TURMA DA DRJ NO RIO DE JANEIRO - RJ I e BANCO SANTANDER S. A.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício e DAR provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Declarou-se impedido de participar do julgamento o Conselheiro João Carlos de Lima Júnior.


MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE


SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL
RELATOR

FORMALIZADO EM: 08 MAR 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros VALMIR SANDRI, PAULO ROBERTO CORTEZ, SANDRA MARIA FARONI, CAIO MARCOS CÂNDIDO, VALMIR SANDRI e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR.

Relatório

Recorrem a este Conselho a 9ª Turma da DRJ no RIO DE JANEIRO - RJ I, de Ofício, em consequência de haver considerado improcedente, em parte, o lançamento formalizado através do Auto de Infração de fls. 677/680 (CSLL), lavrado pela Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro RJ, decorrente do que registrado no Termo de Constatação Fiscal às fls. 647/676, contra a pessoa jurídica de direito privado BANCO SANTANDER S. A. e esta voluntariamente, dado não haver se conformado com a parte da exigência que restou mantida pela mesma decisão, ambos os recursos fundamentados no que estabelece o Decreto nº 70.235, de 1972, com alterações introduzidas pela legislação superveniente.

O “TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL” descreve as irregularidades apuradas pela Fiscalização nestes termos:

“2. Das Despesas Não Necessárias oriundas de operações com Fundos Mútuos de Investimentos em Ações (FMIA)

A presente auditoria tomou como base os resultados obtidos da diligência realizada na CIA Bozano (fls. 454 a 566) onde ficou constatado que as empresas Cascais Participações S/A, Sul Logística S/A e Tansul S/A, atualizaram seus respectivos patrimônios em 31/08/99 e 30/09/99, incorporando a eles os resultados de equivalência patrimonial, pela participação na empresa Bozano Simonsen Asset Management Ltda, controladora da Bozano Simonsen Overseas.

Ocorre, que as perdas destas empresas com o resultado da equivalência patrimonial, viriam, em 30/09/99 a influenciar o valor das cotas dos fundos mútuos de investimentos em ações (que detinham a totalidade das ações das empresas Cascais, Transul e Sul Logística), refletindo, assim, no patrimônio dos cotistas dos fundos (ver fls. 456).

Em vista disso, o escopo dessa auditoria concentrou-se na análise das operações realizadas pela fiscalizada nos fundos mútuos de investimento em ações da Argos, Atlas, Átila Hedge e BS III, nos meses de agosto e setembro de 1999.

Demonstrar-se-á a seguir, que dentre as despesas oriundas de operações com os fundos mútuos de investimento em ações (FMIA – Argos, Atlas, Átila, Hedge e BS III), realizadas entre a fiscalizada (Banco Bozano Simonsen S/A), sua controlada (Bozano Simonsen Leasing) e sua controladora (Banco Meridional S/A), no mês de setembro de 1999, se deram por mera liberalidade de iniciativa da fiscalizada, não podendo ser consideradas necessárias ou usuais, para efeito de dedutibilidade na apuração do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido.

Analisando a documentação apresentada pela fiscalizada (fls. 57 a 108), verificou-se que o demonstrativo mensal contendo as aplicações, resgates, ganhos e perdas fora apresentado em duas partes, a saber: operações realizadas diretamente com o fundo (fls. 60) e operações realizadas diretamente com a sua controladora e sua controlada (fls. 61).

.....
De posse dos novos demonstrativos (fls. 351 a 356), focou constatado que as operações **day-trade**, ocorridas no mês de setembro de 1999, não estavam em conformidade com o disposto no artigo 767 do RIR/99 (...).

.....
Em síntese, a fiscalizada quando do cálculo do ganhos/perdas nas operações com os fundos mútuos de investimentos em ações, não deu tratamento diferenciado na forma de calcular o custo de aquisição do ativo objeto nas operações de day-trade, ou seja, todas as aquisições, independentemente de ser ou não uma operação de day-trade, agregavam-se ao custo de aquisição histórico (média ponderada dos custos unitários).

Em vista disso, elaborou-se um demonstrativo em conformidade com precitado artigo (fls. 673 a 675), ou seja, o custo para as operações day-trade levou em consideração somente as operações iniciadas e encerradas no mesmo dia. Como resultado, três observações devem ser feitas:

1. os valores dos prejuízos – individualmente considerados – se alteram;
2. os valores dos prejuízos – considerados na sua totalidade – não se alteram. O que existe é uma realocação de parte dos prejuízos ocorridos no mês de setembro para o mês de outubro. Seus efeitos serão tratados adiante (item 3);
3. as operações que foram objeto de análise do presente termo de verificação, se resumem naquelas que foram realizadas diretamente com as contrapartes, por meio de simples recibos (fls. 62 a 88).

.....
Em suma, os prejuízos decorrentes das operações são ilegítimos, por conseguinte, os requisitos de normalidade, necessidade e usualidade previstos no artigo 299 do RIR/99, para a admissibilidade das despesas

Fica patente, portanto, que os aspectos da usualidade ou normalidade, por si sós, são suficientes para desconsiderar as despesas como necessárias.

Inaugurada a fase litigiosa do procedimento, o que ocorreu com a protocolização da peça impugnativa de fls. 693/749, foi proferida decisão em primeiro grau, conforme faz certo o Acórdão DRJ/RJ01 N° 10.990, de fls. 847/879, assim ementado:

“Assunto: Processo Administrativo Fiscal
Ano-calendário: 1999

Ementa: NULIDADE. INOCORRÊNCIA. O atendimento aos preceitos que balizam o processo administrativo fiscal, especialmente quanto ao amplo direito de defesa do contribuinte, afasta a hipótese de ocorrência de nulidade do lançamento.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL

Ano-calendário: 1999

Ementa: DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. PRAZO. O prazo decadencial das contribuições sociais, entre elas a CSLL, é de 10 anos, contados

a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o crédito poderia ter sido constituído.

APLICAÇÕES FINANCEIRAS. FUNDOS DE INVESTIMENTOS. PREJUÍZOS. ARTIFICIALIDADE. INDEDUTIBILIDADE.

São indedutíveis, para efeitos fiscais, os prejuízos regados artificialmente em negociações de compra e venda de quotas de fundos de investimentos, em desconformidade com as regras de mercado e com propósitos outros que não o desenvolvimento da atividade empresarial.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1999

Ementa: MULTA DE OFÍCIO. INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR.

A incorporadora responde pelo pagamento da multa de ofício decorrente de operações da sucedida.

MULTA DE OFÍCIO GENÉRICA E ISOLADA. CONCOMITÂNCIA.

Incabível a aplicação da multa isolada, quando já exigida a penalidade específica incidente sobre o tributo apurado através de lançamento de ofício.

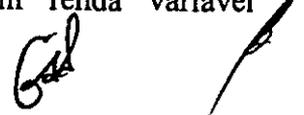
JUROS TAXA SELIC.

O cálculo dos juros de mora com base na variação da taxa Selic têm fundamento em lei validamente editada pelo Poder Legislativo, faltando competência à autoridade administrativa para se pronunciar a respeito da sua conformidade com os preceitos da Constituição, que atribui esta função do Poder Judiciário.

Lançamento Procedente em Parte”

Cientificada dessa decisão em 14 de setembro de 2006 (AR de fls. 884) e com ela não se conformando, no dia 29 seguinte a contribuinte fez protocolizar recurso endereçado a este Conselho (fls. 885/923) onde, em síntese, sustenta:

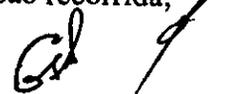
- i) de plano, com o objetivo de bem delimitar o objeto do litígio, a recorrente ressalta que o procedimento fiscal de que cuidam os presentes autos teve origem em ofício encaminhado pelo Banco Central do Brasil para que fosse verificado pela Secretaria da Receita Federal, irregularidades de natureza fiscal, em operações denominadas “forward”, as quais teriam sido realizadas pela empresa Bozano, Simonsen Overseas Serviços e Investimentos, das quais teriam resultado perdas que se refletiram em empresas financeiras pertencentes do grupo Bozano sediadas no Brasil;
- ii) na impossibilidade de encontrar qualquer irregularidade em tais operações, partiu-se para a apuração dos efeitos fiscais resultantes das negociações havidas com quotas dos fundos de investimento em renda variável



- identificados como ARGOS, ÁTILLA, ATLAS, BS III e REDGE I, os quais sofreram desvalorização patrimonial em consequência dos resultados de equivalência patrimonial apropriados nas empresas que compunham a sua carteira de investimentos, quais sejam: CASCAIS PARTICIPAÇÕES S. A., SUL LOGÍSTICA S. A. e TRANSUL S. A.;
- iii) o núcleo da matéria posta a julgamento gira, portanto, em torno das acusações consistentes em que:
1. a recorrente teria incorrido ou apropriado despesas desnecessárias, ocorridas no mês de setembro de 1999, as quais tiveram como contraparte as empresas Bozano, Simonsen Leasing S. A. e o Banco Meridional S. A.;
 2. em consequência, teria a recorrente deixado de recolher o Imposto de Renda devido em razão da adoção do regime de estimativa.
- iv) o ilustre relator do voto condutor do Aresto recorrido deixou de se manifestar sobre importantíssimos argumentos expendidos na fase impugnativa, dentre os quais podem ser destacados: (a) a irrelevância das operações para fins fiscais; (b) a impossibilidade de se desconsiderar o estoque anterior em ativos da mesma espécie detido pelo recorrente; (c) o cometimento do erro de direito, que emergiu no fundamento do lançamento tendo por base o artigo 767 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado com o decreto nº 3.000;
- v) o Acórdão recorrido não contém qualquer pronunciamento acerca dos argumentos elencados acima, preferindo não só silenciar a respeito, mas alterar o critério jurídico do lançamento original, o qual de um momento para outro deixou de ser caráter supostamente desnecessário, para passar a uma alegada artificialidade das operações, em face de aquisições de quotas por preços hipoteticamente majorados e sua posterior revenda com prejuízo o qual, além de inadmissível também não confere com a verdade dos fatos;
- vi) em consequência das alegações expendidas na fase impugnativa, no sentido de demonstrar a impossibilidade de desconsiderar por vias oblíquas o custo de aquisição de quotas adquiridas em data de 23 de setembro de 1999, pelo valor de mercado, e depois alienadas em 30 de do mesmo mês e ano, também pelo valor de mercado, o ilustre relator do voto condutor do Acórdão atacado passou a adotar critério diverso, que nem mesmo a Fiscalização teve coragem de utilizar, questionando explicitamente o custo e a motivação das aquisições, utilizando-se de conceitos vagos que revelam de forma inquestionável o critério marcadamente subjetivo que permeia o “*decisum*”;
- vii) tal proceder viola os mais elementares princípios norteadores do Processo Administrativo Fiscal, nomeadamente o da ampla defesa, subtraindo do recorrente o direito de ver suas alegações apreciadas pela instância revisora competente;
- viii) não obstante o inequívoco cerceamento do seu direito de defesa, a decisão recorrida falta com a verdade na medida em que afirma que o recorrente adquiria quota dos fundos por valores “majorados” e que “zerava sua posição vendendo a totalidade de suas quotas em cada um dos cinco fundos...”, quando um simples exame das planilhas trazidas para os presentes autos demonstra justamente o oposto, ou seja, que o recorrente permaneceu com substancial quantidade de ativos até o encerramento dos fundos;
- ix) a Turma Julgadora “*a quo*” rejeitou a preliminar de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, tendo como principal

- argumento de que o termo “*a quo*” para contagem do prazo decadencial somente ocorreria no final do período, raciocínio que não resiste a uma análise mais detida da legislação aplicável à espécie e dos princípios que informam a atividade administrativa;
- x) o denominado fato gerador “complexivo” pressuporia um místico estado de suspensão do elemento temporal da regra matriz de incidência tributária, que perduraria até o instante fugaz, designadamente na última hora do último dia do exercício, em que este se completaria ou se materializaria, com desprezo a toda a atividade desenvolvida pelo contribuinte ou longo do ano, ignorando também que o Fisco poderia fiscalizar esta atividade ao longo do exercício;
 - xi) hoje é matéria absolutamente pacífica que o imposto de renda da pessoa jurídica é tributo submetido ao sistema de lançamento por homologação e que, por essa razão, tem seu prazo de decadência sujeito à disciplina estabelecida no artigo 150, parágrafo quarto, do CTN;
 - xii) o raciocínio adotado pela decisão recorrida repousa sobre duas premissas absolutamente falsa já que: (a) a circunstância de ter ou não havido pagamento é absolutamente irrelevante para a determinação do termo inicial de contagem do prazo decadencial, e (b) não se pode afirmar que o fato gerador do imposto de renda da pessoa jurídica sujeira ao regime de estimativa ocorra somente no último dia do ano, haja vista o que estabelece o artigo 43 do CTN;
 - xiii) o reconhecimento dos resultados de equivalência patrimonial era obrigatório, fato reconhecido pela própria Administração Tributária ao admitir a legitimidade e obrigatoriedade do reconhecimento desses resultados, o que implica concluir no sentido de que as supostas “despesas desnecessárias” não passam de infrutífero esforço de retórica, vez que o montante das perdas decorrente da desvalorização do patrimônio dos fundos, legítimas, legais, obrigatórias e reconhecidas, é praticamente igual ao total das alegadas perdas glosadas, o que comprova que o objetivo das transações jamais foi o de economizar tributos;
 - xiv) sendo legítimos os resultados de equivalência patrimonial e obrigatórios, e que o recorrente necessariamente acabaria por sofrer os reflexos das perdas deles decorrentes quando do resgate posterior das quotas dos fundos de investimento, tem-se que o que se passou de fato foi apenas o reconhecimento das perdas já existentes e absolutamente inquestionáveis, podendo ser admitida, no máximo, que teria ocorrido inexatidão quanto ao período de competência, mas jamais despesas desnecessárias e, menos ainda, artificialidade nas operações;
 - xv) outra forma simples de demonstrar a mais absoluta inconsistência da pretensão fiscal é verificar o que teria ocorrido se o recorrente houvesse permanecido com as quotas adquiridas em lugar de revendê-las às contrapartes Bozano, Simonsen Leasing S. A. e Banco Meridional S. A.;
 - xvi) houvesse a Fiscalização se dado ao trabalho de fazer essa simples pergunta e o presente processo sequer existiria, vez que a perda decorrente da simples desvalorização das quotas dos fundos é da ordem de R\$ 103.428.327,85, perda absolutamente inquestionável e, inclusive, superior ao montante da glosa, conforme quadro demonstrativo que apresenta;
 - xvii) é inegável que os negócios nos quais o ilustre relator do voto condutor do Aresto recorrido vislumbrou irregularidades de natureza fiscal se passaram rigorosamente pelo valor de mercado, como se percebe do demonstrativo

- constante às folhas 18 do Termo de Verificação Fiscal, cujo exame revela que os valores discrepantes das quotas se referem a transações ocorridas sete dias antes, no dia 23 de setembro de 1999, sendo certo que todas as negociações havidas, tanto no dia 23 quanto no dia 30, possuem valores plenamente compatíveis com o Relatório de Histórico de Cotação dos fundos, do conhecimento da Fiscalização e que serviu de base para a revisão do lançamento;
- xviii) não se desconhece que a atividade administrativa de lançamento, por força do disposto no artigo 142 do CTN, é plenamente vinculada, devendo ser observados os limites da Lei, sendo certo, ainda, que o Código Tributário Nacional reconhece o denominado “princípio da realização”, pelo qual só se tributa a renda desde que sobre ela se tenha a disponibilidade, o que também deve ser observado para o reconhecimento das despesas;
- xix) só se conhecem dois critérios para a determinação do valor de qualquer ativo: custo de aquisição ou valor de mercado, não havendo qualquer possibilidade de se adotar outro parâmetro, realidade que nada obstante a Fiscalização desconsiderou ao efetuar o lançamento com base em mera expectativa, notadamente ao afirmar que o recorrente deveria saber antecipadamente que as quotas adquiridas em 23 de setembro de 1999 estariam com preço inferior no dia 30 seguinte, quando novamente foram negociadas;
- xx) como as quotas foram negociadas rigorosamente pelo seu valor de mercado, a glosa ao fundamento na suposta indedutibilidade da perda ocorrida na posterior alienação constitui uma arbitrariedade sem precedentes, já que implica desconsideração oblíqua e retroativa do custo de aquisição do ativo adquirido, o que se apresenta inadmissível e carente de suporte jurídico ou lógico;
- xxi) ainda que fosse possível desconsiderar, por vias oblíquas, o custo de aquisição das quotas, ainda assim o raciocínio não se sustentaria, na medida em que o lançamento original partiu do pressuposto de que não existe uma relação direta entre os resultados de equivalência patrimonial e a evolução das quotas dos fundos;
- xxii) nada do que está afirmado na decisão recorrida é capaz de responder a uma singela pergunta: se não existe mercado e se o recorrente sabia dos resultados negativos a serem refletidos nas quotas dos fundos, e se esses resultados são praticamente iguais aos das perdas experimentadas, qual a razão, o propósito ou a finalidade das negociações feitas com o suposto artificialismo?
- xxiii) não é difícil ver que o lançamento se encontra fundamentado em duas insuperáveis contradições: i) o reconhecimento da existência de um mercado e de fatores externos que influenciam na cotação das quotas dos fundos de investimento; e ii) a alegação de que não existe mercado ou influências externas e de que o recorrente comprou e vendeu quotas justamente por valor diferente daquele fixado pelo mercado; é logicamente incompatível com a alegação de despesa desnecessária; e é logicamente incompatível com o suposto caráter artificial das operações;
- xxiv) restou demonstrado na fase impugnativa não apenas a inexistência de preços majorados, mas também a impossibilidade de desmembramento de cada operação de venda de quotas que estão relacionadas no quadro de fls. 18 do TVF em duas, com total ignorância da documentação apresentada para, de acordo com a conveniência, classificar uma como desnecessária e a outra como “day-trade”, procedimento que foi cancelado pela decisão recorrida;



- xxv) nada obstante tratar-se de uma única operação, concluiu a Fiscalização que na verdade eram duas, pois parte dela estaria relacionada a uma compra efetivada pela Bozano, Simonsen S. A. em 23 de setembro de 1999, classificando a parte remanescente como "day-trade", pois, de acordo com o cômodo raciocínio estaria supostamente relacionada a uma operação de compra e venda de quotas efetuada pela recorrente em 30 de setembro de 1999;
- xxvi) não bastasse este absurdo, que põe de manifesto métodos pouco ou nada convencionais utilizados na revisão do lançamento, evidencia-se a absoluta impossibilidade de se classificar como "day-trade" operações de compra e venda de quotas que haviam sido parcialmente adquiridas dias antes;
- xxvii) relativamente às operações realizadas em 30 de setembro de 1999, a Fiscalização acabou por cotejar coisas absolutamente incomparáveis, sendo certo que as diferenças de preço encontradas são mínimas quando comparadas aos percentuais obtidos em operações com diferenças de volumes, não havendo razão para se estranhar o fato de o preço pago na aquisição das quotas da Bozano, Simonsen Leasing S. A. ter sido um pouco superior àquele que foi estipulado com o Banco Meridional S. A., vez que para grandes volumes negociados o preço unitário é sempre inferior ao praticado nos negócios envolvendo menores volumes;
- xxviii) a Fiscalização reconheceu que as quotas foram negociadas pelo seu valor de mercado, justificando o lançamento ao argumento de que se existe a opção de negociar as quotas a preços mais vantajosos, qual seria a razão para se optar por negociar as quotas majoradas em seu preço;
- xxix) o importante é que se houvesse o recorrente negociado as quotas diretamente com os fundo de investimento, teria experimentado o mesmo prejuízo, vez que a perda advém da própria desvalorização das quotas, e não por artificialismo no preço praticado;
- xxx) ficou comprovado que a aquisição de quotas dos fundos de renda variável por uma instituição financeira é perfeitamente condizente com o seu ramo de atividade, e que os resultados de equivalência patrimonial que impactaram negativamente as quotas dos fundos são lícitas, legítimas e inquestionáveis, sendo certo que as operações questionadas se apresentam irrelevantes para fins fiscais, e que o total de perdas decorrentes da desvalorização patrimonial dos fundos é superior ao montante da glosa;
- xxxi) não há dúvida de que, diante da inevitabilidade do reconhecimento dos resultados de equivalência patrimonial, o máximo que poderia ter sido dito é que as operações objeto de questionamento visaram antecipação de resultado que haveria de ser reconhecido no mês de outubro, quando ocorreu a extinção dos fundos;
- xxxii) a Fiscalização, ao afirmar que as operações teriam sido realizadas com infração ao disposto no artigo 18 da Instrução CVM nº 302, de 1999, faltou com a verdade, vez que não houve qualquer operação ilegal, pois a norma invocada não era aplicável às negociações objeto do questionamento, notadamente por ter sido publicada no Diário Oficial em 10 de maio de 1999, enquanto que as operações ocorreram em setembro daquele mesmo ano, estando as operações sob a égide da Instrução Normativa nº 215, de 1994;
- xxxiii) como já registrado, o principal sustentáculo do Ato Administrativo de Lançamento é o conteúdo jurídico do artigo 767 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado com o Decreto nº 3.000, de 1999, o qual serviu de base para que a Fiscalização viesse a desmembrar as operações de compra e venda

- realizadas, respectivamente, nos dias 23 e 3º de setembro de 1999, considerando parte como operações de "day-trade" e parte como despesas desnecessárias, e simplesmente desconsiderou os estoques anteriores para fins de cálculo da formação do custo de aquisição;
- xxxiv) por inaplicável aos caso concreto , vez que se trata de instituição financeira (cf. art. 771 do RIR/99) a Fiscalização não poderia ter desconsiderado o estoque de ativos da mesma espécie detido pela recorrente, não só porque se trata de instituição financeira, mas também porque assim procedendo, obtém-se uma variação percentual entre os valores de compra e venda que não corresponde à realidade;
- xxxv) não faz sentido o refazimento do lucro real apurado em 31 de dezembro de 1999, para fins de ajuste da base de cálculo, com adição diretamente de todo o montante da glosa e ignorando os resultados positivos obtidos com operações idênticas ou da mesma espécie, sem considerado o impacto produzido pelas operações em causa no período de autuação, vez que o montante da despesa considerada indedutível não se confunde com a base de cálculo do imposto, sendo necessária a recomposição do lucro real nos correspondentes períodos de apuração, considerando os prejuízos fiscais acumulados existentes à época, conforme farta jurisprudência que transcreve;
- xxxvi) não pode a Administração Tributária antecipar o resultado de um hipotético julgamento de mérito desfavorável, privando o recorrente de um ativo seu sem o devido processo legal, desconsiderando o saldo de prejuízos fiscais existente, apenas porque parte deste saldo foi utilizado em outros procedimentos ainda pendentes de decisão terminativa;
- xxxvii) o ilustre relator do voto condutor do Acórdão recorrido abordou a questão da responsabilidade dos sucessores quanto à penalidade pecuniária, ignorando solenemente a jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes e do Poder Judiciário, no sentido de que os sucessores respondem apenas pelos "tributos" devidos, excluindo-se as multas punitivas;
- xxxviii) protesta o recorrente e reitera as razões expendidas na fase impugnativa, onde está demonstrada a impossibilidade de utilização da Taxa Selic para fins de correção de débitos de natureza tributária.

A garantia de instância restou satisfeita pela recorrente.

É O RELATÓRIO.



Voto

Conselheiro SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, Relator

O recurso preenche as condições para sua admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Em Sessão realizada no dia 08 de novembro de 2006, esta Câmara julgou o Recurso protocolizado sob o nº 151.680, de interesse da própria recorrente, do que resultou o Acórdão nº 101-95.845, oportunidade na qual restaram analisadas e julgadas as mesmas questões versadas nos presentes autos, só que respeitantes ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica.

O voto cujo conteúdo está aqui reproduzido foi condutor daquela decisão:

“Estão em julgamento dois recursos: um de ofício, interposto pelos julgadores *a quo*, relativo a parte da decisão que exonerou o sujeito passivo do pagamento da multa isolada em valor superior ao limite de alçada; outro voluntário, interposto pelo Recorrente, relativamente à parcela do crédito tributário remanescente.

Ambos os recursos atendem plenamente aos requisitos de admissibilidade. Deles, portanto, tomo conhecimento.

Antes de abordarmos o mérito do litígio, vale registrar que o Recorrente suscitou em seu recurso preliminares de decadência e de nulidade da decisão recorrida por ter se omitido sobre diversos argumentos de defesa, cruciais para o deslinde da matéria, expendidos na Impugnação então apresentada.

Apesar de assistir razão à Recorrente em relação às preliminares suscitada, quer no tocante à decadência do direito de a Fazenda proceder ao lançamento sobre parcela substancial dos valores glosados, quer em relação às omissões que poderiam comprometer a validade da decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à DRJ/RJ para que outra decisão fosse proferida na boa e devida forma, deixo de fazê-lo em razão do mérito ser favorável ao Recorrente e em obediência ao disposto no artigo 59, § 3º, do Decreto nº 70.235, de 1972, com redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 8.748, de 1993, que dispõe:

“Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato nem suprir-lhe a falta.”

No que respeita ao mérito, a questão fulcral que emerge da análise dos autos reside na glosa, por desnecessárias, de perdas decorrentes de negociações, realizadas com o Banco Meridional S.A., e com a Bozano, Simonsen Leasing S/A., envolvendo quotas de fundos mútuos de investimento em ações, posto que alegadamente eivadas de artificialidade e destinadas a reduzir o lucro líquido do Recorrente.



As negociações objeto de glosa se passaram no mês de setembro de 1999 e envolveram quotas dos fundos de investimento ARGOS, ATILLA, BS III e HEDGE I, cujas carteiras eram compostas de ações de emissão das empresas CASCAIS PARTICIPAÇÕES S.A., SUL LOGÍSTICA S.A. e TRANSUL S.A.

Compulsando os autos identifica-se, também, que os referidos fundos de investimento tiveram suas quotas sensibilizadas pelos resultados de equivalência patrimonial registrados nestas empresas, sendo tais resultados o reflexo indireto de seis operações a termo denominadas *forward agreements*, celebradas no exterior, mas que terminaram por impactar essas sociedades no Brasil.

Para sintetizar o principal pressuposto fático do lançamento, nada melhor do que a leitura do próprio Termo de Verificação Fiscal, às fls. 5, onde se afirma que:

“Ocorre que as perdas destas empresas com o resultado de equivalência patrimonial viriam, em 30/09/99, a influenciar o valor das cotas dos fundos mútuos de investimento em ações que detinham a totalidade das ações das empresas Cascais, Transul e Sul Logística, refletindo assim no patrimônio dos cotistas dos fundos”.(fls. 613).

Tais resultados de equivalência patrimonial, que causaram o reflexo negativo nas quotas dos fundos estão, de seu turno, demonstrados pela fiscalização na tabela de fls. 613, que aqui reproduzo para maior clareza e melhor compreensão da questão:

| Empresa | Data | Resultado da equivalência patrimonial |
|---------------------------|----------|---------------------------------------|
| Sul Logística S/A | 31/08/99 | (18.220.422,00) |
| Sul Logística S/A | 30/09/99 | (42.421.951,43) |
| Transul S/A | 31/08/99 | (32.880.018,40) |
| Transul S/A | 30/09/99 | (76.553.361,05) |
| Cascais Participações S/A | 31/08/99 | (21.499.138,61) |
| Cascais Participações S/A | 30/09/99 | (50.055.669,06) |

Fica claro, também, através da análise do elucidativo gráfico de fls. 612, que o Recorrente detinha 99,99% das cotas dos já referidos fundos mútuos de investimento em ações ARGOS, ATILLA, BS III e HEDGE I, razão pela qual todo e qualquer reflexo, positivo ou negativo, nas carteiras dos aludidos fundos teria impactos, igualmente positivos ou negativos, nos resultados do Recorrente.

Por esse motivo entendo fundamental enfrentar, antes do mais, argumento que aduzido pelo Recorrente em sua peça impugnativa e reprisado com veemência nas razões de recurso, mas que não mereceu o devido enfrentamento e exame por parte dos julgadores de primeira instância. Trata-se, na espécie, do item VI do recurso voluntário que recebeu o nome de “Da irrelevância fiscal das operações realizadas”, no qual o Recorrente afirma, em síntese, que o

lançamento seria insustentável diante da constatação inofismável de que **das operações que foram objeto de questionamento não teria decorrido qualquer prejuízo para o Fisco.**

Este argumento está alicerçado, fundamentalmente, em tabelas e cálculos elaborados pela interessada com base nos elementos constantes dos autos, e que têm como objetivo primordial estabelecer uma comparação entre os impactos negativos que adviriam para a instituição financeira apenas e tão somente em decorrência dos resultados de equivalência apurados pelas sociedades que compunham as carteiras dos fundos, com as perdas efetivamente apuradas em razão das negociações que a fiscalização entendeu serem artificiais.

Analisando, portanto, os cálculos e demonstrativos colacionados pelo Recorrente, tendo como variáveis seu percentual de participação em cada um dos fundos de investimento em ações antes referidos e, ainda, o reflexo de equivalência patrimonial relacionado na tabela de fls. 613 sobre as carteiras respectivas, tudo isso *vis-à-vis* o montante total da glosa por fundo de investimento, entendo que, restou comprovado, por diversos modos e de diversas formas, que:

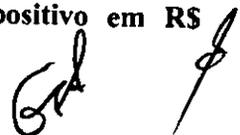
(i) As perdas decorrentes da desvalorização do patrimônio das carteiras dos fundos ARGOS, ATILLA, BS III e HEDGE I é praticamente igual ao total das despesas glosadas.

Isto é o que ocorre, no exemplo citado pelo Recorrente, com fundo ATILLA, no qual se demonstra que, considerados os percentuais que o fundo ATILLA detinha da TRANSUL (32,36%), CASCAIS (13,28%) e SUL LOGÍSTICA (20,86%) (fls. 2 do Termo de Verificação Fiscal), e comparados estes percentuais com os resultados de equivalência de cada empresa descritos às fls. 5 do mesmo Termo de Verificação Fiscal, ou seja, R\$ 35.412.641,59 para a TRANSUL, R\$ 9.502.478,46 para a CASCAIS e R\$ 12.649.999,10 para a SUL LOGÍSTICA, e, por último, aplicando-se sobre esses resultados o percentual de quotas detido pelo Recorrente neste fundo (44,088%), obtém-se seguinte resultado:

(a) CASCAIS - R\$ 4.189.452,70
(b) SUL LOGÍSTICA - R\$ 5.577.131,60
(c) TRANSUL - R\$ 15.612.725,42
TOTAL - R\$ 25.379.309,73 .

Este cálculo demonstra, portanto, que o total dos prejuízos decorrentes da desvalorização patrimonial, apurados empresa por empresa, foi de R\$ 25.379.309,73, enquanto que o total da glosa referente ao fundo ATILLA foi de R\$ 25.559.700,15, confirmando assim a pouca ou nenhuma relevância das operações glosadas pela fiscalização para a apuração do lucro real do Recorrente, haja vista que a diferença entre o impacto negativo dos resultados de equivalência nas quotas do fundo em questão e o montante total da glosa é de apenas R\$ 180.390,42.

Quando se passa ao exame do que ocorreu com os demais fundos em questão, utilizando-se a mesma metodologia comparativa, cotejando, de um lado, os impactos negativos dos resultados de equivalência patrimonial nas quotas dos fundos, proporcionalmente ao percentual de quotas detido pelo Recorrente e, de outro, o montante integral da glosa constata-se que há casos, como os dos fundos ATLAS e BS III, em que o **prejuízo de equivalência patrimonial é, inclusive, superior ao montante da glosa**, de modo que o resultado final de todas as diferenças, englobando todos os fundos de investimento é **positivo em R\$**



2.731.411,56, ou seja, os prejuízos são superiores ao valor glosado, o que a meu ver já seria suficiente para infirmar definitivamente a alegação de artificialidade.

(ii) Ocorre, entretanto, que também restou comprovado que o montante dos prejuízos experimentados pelo Recorrente, decorrentes única e exclusivamente dos resultados de equivalência nas carteiras dos fundos de investimento, foi, indubitavelmente, superior ao montante total da glosa, restando claro que se o Recorrente não houvesse realizado qualquer das negociações inquinadas de artificialidade, teria sofrido um prejuízo de R\$ 103.428.327,65, ao passo que, realizando as operações tidas como artificialmente estruturadas para reduzir seu lucro real, registrou prejuízo inferior, mais precisamente R\$ 102.816.230,23.

Essas duas demonstrações numéricas têm, a meu sentir, peso determinante para afastar a acusação de artificialidade das operações glosadas, pois comprovam, de um lado, a irrelevância de ditas operações para apuração do lucro real do Recorrente, e, de outro, infirmam tal alegação também no que se refere ao seu aspecto subjetivo, demonstrando que as negociações não foram feitas com o propósito de alcançar economia fiscal.

Na esteira dessas considerações sustenta o Recorrente, ainda, que, se os resultados de equivalência patrimonial eram legítimos, sendo o seu reconhecimento obrigatório nos termos da legislação em vigor, e se estes resultados se faria sentir de qualquer maneira quando do resgate total dos fundos de investimento, ocorrido no mês imediatamente posterior (outubro de 1999), os fatos descritos no Termo de Verificação fiscal poderiam, na pior das hipóteses, caracterizar inexatidão quanto ao período de competência (reconhecimento antecipado de despesa), mas jamais operações realizadas com o fito de reduzir o lucro tributável.

Nesse sentido, necessário trazer à baila a antiga regra já constante do Decreto-lei nº 1.598/1977, e reproduzida no artigo 273 do RIR/99, que dispõe:

“A inexatidão quanto ao período de apuração de escrituração de receita, rendimento, custo ou dedução, ou do reconhecimento de lucro, somente constitui fundamento para o lançamento de imposto, diferença de imposto, atualização monetária, quando for o caso, ou multa, se dela resultar:

I - a postergação do pagamento do imposto para período de apuração posterior ao que seria devido; ou

II - a redução indevida do lucro real em qualquer período de apuração.”

É bem verdade que o contribuinte tem razão quando alega que, no plano objetivo, teria ocorrido no máximo uma antecipação de despesas inevitáveis, posto que decorrentes dos resultados de equivalência, cujo reconhecimento era obrigatório. Considero, entretanto, que tendo restado comprovado que das negociações cujos efeitos foram glosados pela fiscalização não resultou qualquer postergação de pagamento de imposto ou redução do lucro real, até porque os resultados de equivalência superam o montante da glosa, ficam, a meu sentir, afastados os pressupostos fáticos de incidência da norma em comento, impossibilitando o lançamento de ofício, também sob este enfoque.

Prosseguindo o exame dos demais aspectos envolvidos na matéria em debate, entendo que a autoridade autuante também não poderia ter desprezado os Relatórios de histórico de cotação (fls. 775 e seguintes), relatórios esses de confirmam que tanto os preços de compra quanto os de venda foram compatíveis com as cotações de mercado vigentes na ocasião, tendo o Recorrente juntado esse documento aos autos por duas vezes, uma na ocasião de sua peça impugnativa e novamente por ocasião do recurso voluntário.

Com razão também o Recorrente quando demonstra que, ao contrário do afirmado pelos julgadores de primeira instância, que justificam a manutenção do lançamento em uma alegada “aquisição por preços majorados”, obteve um **ganho de R\$ 245.180,26** no momento em que adquiriu, em 23/09/1999, as quotas pertencentes ao Banco Meridional S/A, conforme tabela demonstrativa constante da peça recursal.

Diante disso, entendo serem meramente especulativas e baseadas em ilações, e não em fatos ou na legislação fiscal, as alegações da autoridade autuante no sentido de que “já haveria uma expectativa de redução no valor das quotas dos fundos em 23/09/1999” (fls. 21 do Termo de Verificação Fiscal).

A uma porque para que fosse possível desconsiderar o custo de aquisição de qualquer ativo com base na alegada expectativa de sua posterior desvalorização, necessário seria que houvesse sido menos alegada a existência de qualquer dos vícios capazes de acarretar a nulidade ou anulação dos negócios jurídicos, todos previstos no Código Civil Brasileiro (artigos 166 a 168), coisa que sequer foi suscitada no caso presente, tendo o auto de infração sido lavrado com multa de ofício simples, justamente diante da ausência de qualquer suspeita de fraude ou simulação.

A duas porque mesmo que a autoridade autuante houvesse alegado a existência de qualquer dos vícios antes referidos, esta alegação deveria estar necessariamente acompanhada de prova, sendo insuficiente para esse efeito a simples demonstração de que as partes possuíam vínculos de natureza societária, até mesmo porque inexistente qualquer impedimento para que empresas do mesmo grupo realizem entre si operações mercantis, desde que, obviamente, observados parâmetros de normalidade e amparadas por documentos contábeis e registros exigíveis conforme a natureza da operação, o que foi rigorosamente observado no caso presente.

Necessário se faz abrir aqui um parêntese para registrar que a Instrução CVM nº 302/99, que, segundo entendimento da fiscalização e dos julgadores de primeira instância, teria sido descumprida, e que seria o mais veemente indício da alegada artificialidade das operações, **não era aplicável** às negociações realizadas pelo Recorrente nas datas indicadas, haja vista que o artigo 109 desse diploma regulamentar concedia prazo de 180 dias para que os fundos em funcionamento se adaptassem aos seus ditames.

Em sendo assim, considerando que a norma em questão foi publicada no Diário Oficial da União em 10.05.1999 e que as operações se passaram no mês de setembro do mesmo ano, conclui-se que a alegação da autoridade autuante não procede, e que o Recorrente estava, de fato, sujeito às disposições do artigo 24 da Instrução Normativa CVM nº 215, de 08.06.1994, que rezava:

“As quotas dos fundos poderão ser objeto de cessão e transferência, observadas as formalidades previstas no regulamento do fundo”, não havendo, portanto, qualquer exigência quanto às transações deverem se passar em mercado de balcão organizado ou, ainda, de serem registradas em cartório de títulos e documentos, como equivocadamente afirmam a fiscalização e os julgadores de primeira instância.

A três porque, como alegado pelo Recorrente, tratar-se-ia de uma **fraude sem proveito**, porque a única coisa que o contribuinte teria ganhado com as operações inquinadas de artificiais e irregulares seria a mera antecipação de uma perda tão inevitável quanto incontestável e que poderia ter sido atingida da mesma forma mediante o simples resgate das aplicações, sem que jamais pudesse ser levantada qualquer dúvida suspeita quanto à sua legitimidade.

Nesse sentido, já decidiu o primeiro Conselho de Contribuintes que “Para que fique caracterizada a ocorrência da prática de simulação perpetrada pelo contribuinte é preciso **determinar a motivação e a consequência do ato simulado com a identificação da vantagem auferida**” (Ac. 108-07.316, 8ª Câmara, 1º Conselho de Contribuintes), entendimento esse que cai como uma luva ao caso vertente, na medida em que, estou convencido, **não houve qualquer vantagem para o Recorrente na realização das operações supostamente urdidas com o objetivo de reduzir o lucro tributável, e, se vantagem houve, a autoridade autuante não conseguiu apontá-la.**

Vem ao encontro dessas razões, a reforçar minha convicção no sentido da ilegalidade do lançamento, a demonstração feita pelo Recorrente de que a fiscalização, **desmembrou por conta própria e sem amparo nos documentos que instruem os autos, operações únicas de venda de quotas relacionadas no quadro de fls. 18 do Termo de verificação Fiscal, classificando parte dessas operações como day-trade e parte como despesas desnecessárias, ignorando a prova produzida pelo Recorrente e, afirmando que se tratavam de negociações celebradas mediante simples recibos, o que o Recorrente demonstrou não conferir com a verdade e com os documentos que instruem os autos.**

Com efeito, já na fase impugnativa o Recorrente havia se insurgido contra tal procedimento, fornecendo como exemplo a venda de quotas do fundo ARGOS, através da qual o Recorrente vendeu, em 30/09/99, 18.683.935,515 cotas desse fundo para o Banco Meridional S/A, recebendo por essa venda a importância de R\$ 143.274.041,21, e que foi formalizada através dos seguintes documentos: (a) **recibo datado de 30/09/99, trocado entre as empresas;** (b) **nota de negociação datada de 30/09/99, emitida pelo Banco Bozano, Simonsen S.A., em que constam a quantidade e o valor dessa operação;** e (c) **comprovante da liquidação financeira demonstrando que a operação foi liquidada por DOC, através do Sistema de Compensação de Cheques e Outros Papéis.**

Assim, nada obstante tratar-se indubitavelmente de **uma única operação**, a autoridade autuante realmente desmembrou-a em duas partes, sob a justificativa de que determinada parcela estaria relacionada a uma compra que o Banco Bozano, Simonsen S.A. efetuou em 23/09/99, sendo a parcela remanescente, no entender da fiscalização, operação de day-trade, pois, de acordo com a metodologia adotada, esta parte remanescente estaria supostamente relacionada a uma operação de compra de quotas efetuada pelo Recorrente em 30/09/99.

Insurge-se, ainda, o Recorrente, com base nas mesmas razões e motivos, contra a utilização deste método com relação às operações de venda de quotas dos fundos ATILLA, ATLAS, BS III e HEDGE I, nas quais o Fisco houve por bem desmembrar operações únicas, objeto de um só negócio jurídico e uma só liquidação financeira, como comprovam os documentos acostados aos autos, classificando parte delas como despesa desnecessária e parte como day-trade.

Reclama, ademais, que seria inaceitável o agir da fiscalização, apontando erros e ilegalidades adicionais na metodologia utilizada na feitura do lançamento, dentre os quais se destacam:

(a) **a impossibilidade de classificar como day-trade operações de compra e venda de quotas que haviam sido parcialmente adquiridas uma semana antes, o que, no entender do Recorrente, compromete irremediavelmente todo o raciocínio desenvolvido na feitura do lançamento, pois falseia a verdade dos fatos, dispensando às operações de curto prazo o mesmo tratamento legal de day-trade;**

(b) **a inaplicabilidade do artigo 767 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado com o Decreto nº 3.000, de 1999, ao caso concreto, haja vista este ser uma instituição financeira. Nessa linha de idéias, o lançamento seria defeituoso e ilegal também**

por haver desconsiderado os estoques anteriores de ativos da mesma espécie detidos pelo contribuinte, uma vez que os artigos 771 e 774 do RIR/99 impediriam o procedimento que foi adotado, qual seja, a tributação em separado das operações de day-trade, o que, além de não ter base legal, resultaria em uma **variação percentual entre os preços de compra e venda que não corresponde à realidade**, já que as instituições financeiras são obrigadas a apurar os resultados pelo **custo médio**.

(c) a **ilegalidade da utilização do método UEPS** (último a entrar e primeiro a sair), também invocado como justificativa para os desmembramentos das operações, uma vez que **o método adequado ou correto seria o PEPS** (primeiro a entrar e primeiro a sair), através do qual são considerados, por ordem, o primeiro negócio de compra com o primeiro negócio de venda ou o primeiro negócio de venda com o primeiro negócio de compra e assim sucessivamente. Esta metodologia é determinada pela MP no 1.249/99, artigo 8º, convertida na Lei 9.959/00 e, também, pela IN SRF no 25/01, em seu artigo 31.

Diante dessas alegações, entendo necessário transcrever os principais dispositivos legais invocados, para melhor compreensão da matéria e análise da consistência dos argumentos acima resumidos:

RIR/99

“Art. 767. As perdas incorridas em operações day-trade somente poderão ser compensadas com os ganhos auferidos em operações da mesma espécie (day-trade) (Lei nº 8.981, de 1995, art. 72, § 5º).

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, consideram-se day-trade as operações iniciadas e encerradas no mesmo dia, independentemente da detenção pelo investidos de estoque ou posição anterior do ativo objeto da operação.

§ 2º Os ganhos ou perdas em operações day-trade serão apurados pelo resultado líquido auferido no dia, em operações com o mesmo ativo objeto.

§ 3º Não se caracteriza como day-trade o exercício da opção e a venda ou compra do ativo no mercado à vista, no mesmo dia.

§ 4º O ganho líquido mensal corresponde a operações day-trade (Lei nº 8.981, de 1995, art. 72, § 6º);

I - integrará a base de cálculo do imposto de renda prevista neste Capítulo;

II - não poderá ser compensado com perdas incorridas em operações de espécie distinta.”

“Art. 771. As perdas incorridas em operações iniciadas e encerradas no mesmo dia (day-trade), realizadas em mercados de renda fixa ou de renda variável, não serão dedutíveis na apuração do lucro real (Lei nº 8.981, de 1995, art. 72, § 3º).

§ 1º Excluem-se do disposto neste artigo as perdas apuradas pelas entidades de que trata o art. 774, inciso I, em operações day-trade realizadas nos mercados de renda fixa, de renda variável e de câmbio.”

“Art. 774. O regime de tributação previsto neste Título não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos (Lei nº 8.981, de 1995, art. 77, Lei nº 9.065, de 1995, art. 1º, Lei nº 9.249, de 1995, art. 12, e Lei nº 9.779, de 1999, art. 5º);

I - em aplicações financeiras de renda fixa de titularidade de instituição financeira, sociedade de seguro, de previdência e de capitalização, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil;”

IN SRF 25/2001

“Art. 31. Os rendimentos auferidos em operações day-trade realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se a incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de um por cento.

§ 3º Na apuração do resultado da operação de day-trade serão considerados, pela ordem, o primeiro negócio de compra com o primeiro de venda ou o primeiro negócio de venda com o primeiro de compra, sucessivamente.”

Como se percebe ao primeiro relance, a simples leitura e interpretação dos dispositivos transcritos acima confirma o manifesto equívoco da autoridade autuante na determinação e escolha dos critérios jurídicos norteadores do lançamento, visto que a mesma realmente deveria ter usado o denominado método PEPS, bem como não poderia ter simplesmente desconsiderado o estoque anterior em ativos da mesma espécie detido pelo Recorrente visto não só tratar-se de uma instituição financeira cujos ganhos ou perdas em operações no mercado de renda variável integram o seu resultado operacional, mas também porque, assim procedendo, a fiscalização terminou por alterar a realidade econômica dos fatos, vulnerando o princípio da verdade material e da realidade econômica que norteiam atividade da administração pública em sede de direito tributário.

Confirmando esse entendimento trago à baila, por pertinente, aresto da 8ª Câmara deste E. 1º Conselho de Contribuintes (Acórdão 108-06.966), que dispõe no seguinte sentido:

“IRPJ - OPERAÇÕES DAY-TRADE - DEFINIÇÃO - As operações de compra e venda e compra de ativos ou semelhantes em um mesmo dia enquadram-se como day-trade e estão sujeitas à forma de tributação prevista nas leis nº 8.541/92 e 8.383/91, devendo ser considerado na sua determinação a detenção pela contribuinte de estoques ou posição anterior do ativo analisado .

IRPJ - INCONSTITUCIONALIDADE - OPERAÇÕES DAY-TRADE - Não cabe a este Conselho negar a vigência a lei ingressada regularmente no mundo jurídico, atribuição reservada exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento final e definitivo. Preliminar de nulidade rejeitada. Preliminar de decadência acolhida. Recurso parcialmente provido.

Por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade suscitada, ACOLHER a preliminar de decadência em relação aos períodos de apuração anteriores a abril de 1994 e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para considerar os estoques anteriores de cada ativo nas operações day-trade, com os ajustes discriminados no voto do Conselheiro Relator.”

Dessa maneira, entendo que não colhe o argumento da autoridade julgadora de primeira instância, no sentido de que “o desmembramento de operações teria sido levado a efeito de modo a “não prejudicar o interessado”, ou de que “Este valor nada mais é que o efetivo montante de perda que merece ser tido como indevida, pois deriva somente das operações realizadas diretamente com as contrapartes e por meio de simples recibos”, (fls. 836/837) uma vez que, em síntese:

(a) o ato administrativo de lançamento é plenamente vinculado, a teor do que dispõe o artigo 142 do Código Tributário Nacional, em razão do que não seria admissível, ainda que tal proceder houvesse de fato ensejado qualquer benefício para a Recorrente, desmembrar operações únicas e amparadas por documentos que comprovam ter existido apenas uma operação e uma única liquidação financeira, uma vez que a autoridade administrativa não goza de tal margem de discricionariedade, devendo ater-se à prova dos autos e aos limites da lei; e

(b) ficou comprovado pelo Recorrente que as negociações jamais se passaram mediante simples recibos, como equivocadamente afirmam a fiscalização e os julgadores de primeira instância, sendo, ao contrário, amparadas por farto suporte documental, inclusive no que se refere à sua liquidação financeira efetiva.



Outro aspecto que merece ser ferido refere-se às operações de compra e venda de quotas passadas em 30/09/99, na qual se alegou que o Recorrente poderia ter negociado os ativos em condições mais favoráveis se o fizesse diretamente com os fundos.

Não vejo, entretanto, sobretudo no contexto do farto conjunto probatório verificado nos presentes autos, que aponta para a já mencionada irrelevância fiscal das operações objeto de glosa, bem como para a compatibilidade dos preços praticados com os relatórios de histórico de cotação dos fundos em questão, qualquer consistência neste argumento, razão pela qual entendo tratar-se de simples suposição de ilicitude carente de prova, já devidamente infirmada pelas demonstrações concretas realizadas pelo Recorrente com base nos documentos que instruem os autos.

Nesse mesmo sentido, transcrevo por guardar íntima relação de pertinência com o caso "*sub examen*", Acórdão unânime (108-06078), da 8ª Câmara deste E. 1º Conselho de Contribuintes, no qual restou assentado que:

"IRPJ - PREJUÍZO NA ALIENAÇÃO DE TÍTULOS - A glosa de prejuízos apurados por instituição financeira na alienação de títulos a outra instituição financeira, sua controlada, deve se fundamentar na prova de que a alienação se deu por valor inferior ao de mercado e que dela se beneficiou indevidamente a vendedora . O fato de a controlada ter alienado os títulos, na mesma data, por valor maior, obtendo lucro, por si só, não é prova bastante da artificialidade da operação ."

Dessa forma, filio-me ao entendimento esposado pelo aresto supra transcrito e entendo que a glosa de perdas ou despesas baseadas em artificialidade das operações - este é o ponto nodal da acusação - não pode e nem deve encontrar suporte probatório no fato de o Recorrente ter negociado títulos em condições mais vantajosas com outra contraparte, ou pior, no fato de ter tido a "opção de negociá-los em condições mais vantajosas", devendo ser demonstrado e provado pelo Fisco que a negociação se passou efetivamente por valor diverso do de mercado, coisa que definitivamente não ocorre no caso presente.

Finalmente, no que se refere à impossibilidade de cobrança da multa de lançamento de ofício, entendo prejudicada sua análise, uma vez que o mérito é favorável ao contribuinte, mas se esta Câmara vier a entender de modo diverso, creio que merecem ser acolhidas, por sem dúvidas, as alegações do Recorrente neste particular, uma vez que na forma expressa nos artigos 132 e 133 do CTN, a responsabilidade do sucessor cinge-se aos tributos devidos pela pessoa jurídica sucedida até a data do ato, por expressa determinação contida nos mencionados artigos, *in verbis*:

"Art. 132 - A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas."

"Art. 133. - A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração sob a mesma ou outra denominação social ou sob firma de nome individual, responde pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato. " (grifos acrescentados).

Por oportuno, transcrevo a seguir ementas de alguns dos diversos julgados que cuidam do tema, que ratificam e consolidam a jurisprudência deste Primeiro Conselho de

Contribuintes e também da Câmara Superior de Recursos Fiscais a respeito da matéria, *ad litteram*:

“IRPJ – RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA. MULTA FISCAL PUNITIVA APÓS A INCORPORAÇÃO – A responsabilidade da sucessora, nos estritos termos do art. 132 do Código Tributário Nacional e da lei ordinária (Decreto-lei n.º 1.598/77, art. 5º), restringe-se aos tributos não pagos pela sucedida. A transferência de responsabilidade sobre a multa fiscal somente se dá quando ela tiver sido lançada antes do ato sucessório, porque, neste caso, trata-se de um passivo da sociedade incorporada, assumido pela sucessora.” (Ac. n.º CSRF/01-04.406, de 2003)

“MULTA DE OFÍCIO. SUCESSÃO – A responsabilidade do sucessor cinge-se aos tributos não pagos pelo antecessor, não abrangendo as multas punitivas a teor do art. 133 do Código Tributário Nacional.” (Ac. CSRF/01-02.207, de 1997)

“PENALIDADES. MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – Nos termos do disposto no artigo 132, combinado com o parágrafo único, inciso II, do artigo 121, do CTN, não tem lugar a multa de lançamento de ofício a multa imposta à pessoa jurídica sucessora, eis que a sua responsabilidade é restrita ao tributo devido pela sucedida.” (1.º CC Ac. n.º 107-03.392, de 1996)

Assim, uma vez comprovado que na data em que houve a sucessão do Banco Bozano Simonsen S/A pelo Recorrente (Banco Santander S/A), que ocorreu em outubro de 2000, o crédito tributário sob exame não figurava do passivo da sucedida, até porque a sua constituição se deu no ano de 2004, mister se faz concluir que assiste inteira razão ao Recorrente, haja vista a conclusão consignada no voto condutor do Acórdão n.º CSRF/01-04.406, de 2003, acima mencionado:

“A multa somente se transfere ao sucessor quando já tiver sido lançada porque, aí, integrava o passivo da empresa, na data da incorporação, e, assim, já configurava a existência de um crédito tributário.”

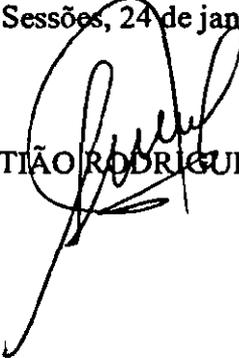
No que tange ao recurso de ofício que versa sobre a multa isolada, prevista no inciso IV, do artigo 44, da lei n.º 9.430/96, e que foi exonerada pela autoridade julgadora de primeira instância, nego-lhe provimento. Primeiro porque tendo a autoridade julgadora *a quo* bem apreciado o tema e se filiado ao entendimento dominante segundo o qual a multa de ofício e a multa isolada não devem ser aplicadas sobre uma mesma base de cálculo, deve a decisão ser mantida.

Segundo porque, entendendo que assiste razão ao Recorrente quanto ao mérito, descabida se mostraria a aplicação de qualquer penalidade, sem que antes tenha restado configurada a existência da infração que constitui seu pressuposto e, em terceiro e último lugar, porque a multa isolada também é sanção e, em sendo assim, se lhe aplicam as mesmas razões antes declinadas para afastar a multa de ofício em virtude da sucessão empresarial.

Quanto à aplicação da taxa SELIC, trata-se de matéria já sumulada (Súmula 4) e que dispensa maiores comentários, em razão da clareza de seu enunciado, a confirmar a incidência da referida taxa sobre os juros moratórios incidentes sobre os débitos tributários a partir de 1 de abril de 1995.”

Na esteira dessas considerações, voto no sentido de que seja negado provimento ao recurso de ofício e provido o recurso voluntário.

Sala de Sessões, 24 de janeiro de 2007.


SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL

