



MINISTÉRIO DA FAZENDA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 19740.000435/2007-01
Recurso nº 167.289 De Ofício
Acórdão nº 1102- 00.035 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de agosto de 2009
Matéria IRPJ E OUTROS - Ex(s): 2003 a 2005.
Recorrente BANCO UBS PACTUAL S/A
Interessado IRPJ E OUTROS - Ex(s): 2003 a 2005

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004

LUCRO REAL. OPERAÇÕES FINANCEIRAS DE RENDA VARIÁVEL.
NEGOCIAÇÃO EM BOLSA. SIMULAÇÃO NÃO COMPROVADA.

É de ser confirmada a decisão que rejeita a acusação de simulação por não ter restado comprovado o vício, e afasta a glosa dos custos representados pelas perdas contabilizadas..

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

ANO-CALENDÁRIO: 2002, 2003, 2004

PIS, COFINS e CSLL. Se o lançamento tem como ponto de partida a acusação de simulação, a rejeição dessa acusação é suficiente para conduzir à improcedência do auto de infração, independentemente de quaisquer considerações específicas para esses tributos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

Acordam os Membros do Colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o julgado. Vencidos os Conselheiros José Sérgio Gomes dos Santos e Mário Sérgio Fernandes Barrosos, que davam provimento,

SANDRA MARIA FARONI - Presidente e Relatora

EDITADO EM: 30 SET 2009

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Sandra Maria Faroni (Presidente), João Carlos de Lima Júnior (Vice Presidente), Mário Sérgio Fernandes Barroso, José Carlos Passuello, José Sérgio Gomes (suplente convocado) e Natanael Vieira dos Santos..

Relatório

Contra Banco UBS Pactual S/A foram lavrados cinco autos de infração para exigência de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e para imposição de multa isolada referente ao IRPJ. Todos os tributos exigidos foram acrescidos de juros de mora e multa qualificada (150%).

O auto de infração do IRPJ, tido como principal e do qual os demais foram tratados como decorrentes, resultou da glosa de custos em virtude disso, transferido recursos para a Romanche Investment Corporation, investidora estrangeira da qual é representante no Brasil. Tais recursos, computados como custos, foram considerados não necessários à sua atividade e, por conseguinte, adicionados aos seus lucros reais dos anos calendários de 2002, 2003 e 2004, em que ocorreram as operações.

Conforme relatado pelo autuante no termo de verificação fiscal (TVF), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) comunicou à Receita Federal a conclusão a que chegou no processo administrativo sancionador instaurado contra a interessada.

Do relatório do inquérito produzido pela CVM, especificamente pela comissão que conduziu o PAS nº 13/04 (fls. 34/88), consta que o Banco Pactual e a Romanche, sua contraparte em diversas operações realizadas na BM&F, ambas as maiores clientes da Pactual Corretora de Mercadorias, auferiram os maiores ajustes do dia verificados no período de outubro de 2002 a fevereiro de 2004. A Romanche obteve ajustes positivos no montante de R\$ 382.683.645,0 e o Banco Pactual amargou ajustes negativos no montante de R\$ 324.884.621,84. Ambas as partes atuavam principalmente em três mercados: no de dólar futuro (DOL), no de FRA (*Forward Rate Agreement*) de cupom cambial (DDI) e no de taxa de juros – DI de um dia (DI1).

A comissão detalhou os negócios realizados em janeiro e fevereiro de 2004 no mercado futuro de dólar. Segundo esse relatório, o Banco amargou ajustes do dia negativos em 31 dos 39 dias úteis daquele período, acumulando perdas de R\$ 8.554.938,55, e a Romanche, contudo, acumulou ajustes do dia positivos em 32 daqueles 39 dias que montaram a R\$ 19.868.087,95.

Inquiridos pela CVM sobre a estratégia existente “por trás dos resultados” invariavelmente positivos da Romanche e negativos da interessada, os seus controladores responderam que a sua estratégia engloba a instituição como um todo, razão pela qual é difícil justificar operações específicas. Quanto às operações da Romanche, informou que aquela investidora não possui registros sobre esse assunto, mas que suas decisões eram baseadas em pesquisa focada em vários aspectos do mercado financeiro;

A atuação da Pactual Corretora também foi analisada pela CVM, a qual, tomando como amostras, aleatoriamente, as ordens de negociação abertas no dia 12.01.2004, observou que todas eram do tipo administrada, assim denominada aquela em que o cliente especifica somente a quantidade e as características do ativo a ser negociado e deixa por conta



da corretora a escolha do momento e dos sistemas em que a ordem será executada. A CVM também observou que, naquele dia, foram abertas 595 ordens de negociação pela Pactual Corretora, das quais apenas 134 foram executadas: 85 do Banco Pactual, 25 da Romanche e 24 de outros clientes. Foram canceladas 461 ordens, equivalente a 77% do total das abertas naquele dia, sendo que, das canceladas, 276 eram do Banco Pactual e 62 do Romanche.

A CVM destacou a existência de uma suposta manipulação das ordens de negociação, na medida em que algumas ordens tidas como canceladas tiveram a sua execução posteriormente confirmada e outras tiveram a sua quantidade alterada. Registrou estar evidente que a Pactual CM tinha como alterar os dados das ordens de negociação e até mesmo reaproveitar ordens inicialmente canceladas.

A CVM ressaltou, também, que as operações efetuadas num dia devem ser especificadas para cada um dos clientes finais de uma corretora até as 19h30m do mesmo dia, conforme o art. 11, § 1º, do Ofício Circular 118/2003-DG, da BM&F. Tendo solicitado à Bolsa os horários de especificação dos comitentes finais (Pactual e Romanche) dos negócios realizados em 12.01.2004, foi informada de que ela ocorreu entre 18h20m e 18h23m, ao passo que os horários dos negócios e dos repasses realizados pela Pactual Corretora para outros clientes ocorreram ao longo daquele dia.

Os técnicos da CVM chegaram à conclusão de que, “ (...)utilizando-se do mercado de valores mobiliários brasileiros, os recursos do Banco Pactual foram transferidos para o investidor estrangeiro Romanche, por meio de negócios intermediados pela Pactual CM, que, no exercício de suas atribuições, dentre outras, a de distribuir negócios e especificar comitentes finais, foi claramente utilizada para produzir resultados negativos para o Banco e positivos para o investidor estrangeiro.”.

E no processo administrativo sancionador no âmbito da CVM (nº 13/04), entendeu-se por responsabilizar a Pactual Corretora de Mercadorias Ltda, seu diretor Aldo Santos Laureano Júnior, o Banco Pactual, seu diretor André Santos Esteves, e a Romanche Investments Corporation, LLC, pela criação de condições artificiais de demanda, oferta de preços de valores mobiliários, de operação fraudulenta e de prática não equitativa no mercado de valores mobiliários. Tal processo desaguou na proposta de celebração de termo de compromisso no qual a interessada, a Romanche, André Santos Esteves (um dos proprietários da interessada) e Aldo Santos Laureano Jr. (um dos proprietários da Pactual Corretora) propuseram à CVM o pagamento de R\$ 8.100.000,00, que foi aceito, para desestimular a prática de condutas semelhantes às que deram origem ao referido processo sancionador por outros participantes do mercado financeiro.

A partir do relatório da CVM, a fiscalização investigou as operações, constando do Termo de Verificação Fiscal que:

- os valores das suas operações indicados pela CVM e transcritos nos quadros 1 a 7 da intimação de fls. 337/345 estão corretos;

a gestão dos seus investimentos é extremamente complexa e envolve o gerenciamento de inúmeras transações, muitas delas interligadas ou correlacionadas, e compreende estratégias diversas de investimento e proteção (hedge) “de forma tal que, embora algumas delas, isoladamente consideradas, possam



transparecer prejuízo, esse suposto prejuízo não é necessariamente real” (sic);

- as operações realizadas nos mercados futuros de dólar e FRA, por exemplo, devem ser analisadas em conjunto com outras operações em mercados atrelados ao dólar; as realizadas no mercado futuro de DI, por seu turno, devem ser consideradas juntamente com o “portfolio” de títulos federais;

- é importante destacar que as operações examinadas, nas quais a Romanche foi sua contraparte, representaram, em média, no período em questão, 1,8% das suas operações no mercado de dólar, 1,1% delas no mercado DI e 4,5%, no mercado DDI e FRA;

- ela era, nos termos da Resolução CMN nº 2.689, a representante legal da Romanche, cuja administração legal ficava a cargo de Michael Pacto;

- os seus investimentos eram geridos por diversos gestores de recursos estrangeiros, os quais utilizavam a sua carteira para a realização de investimentos no Brasil;

-, no caso das operações nos mercados futuros, as ordens, sempre do tipo administrada, eram transmitidas para seus funcionários por telefone;

- todas as operações foram realizadas a mercado na BM&F sem o conhecimento prévio das contrapartes; e

- a Pactual Corretora não possuía estrutura operacional para suportar o volume de operações efetuadas por todos os seus clientes, razão pela qual algumas ordens eram repassadas para outras corretoras, ficando por conta dela somente a custódia dos títulos e a liquidação financeira das operações.

Relatou o autuante que analisou, em bases diárias e por mercado futuro (dólar, DI1 e FRA), as operações da interessada e da Romanche na BM&F, tendo selecionado as operações “day trade” diárias de cada uma delas no período de outubro de 2002 a dezembro de 2004. Informou que as operações eram classificadas, nos arquivos da BM&F, como “day trade”, normal ou mista.

Em seguida, descreve a metodologia que usou. Nesse mister, esclarece que, em virtude de haver operações mistas em que parte delas se referia a operações “day trade”, na apuração das operações “day trade” ocorridas em cada dia, primeiro selecionou as operações “day trade” e efetuou “o casamento entre as compras e vendas”, e se depois desse casamento sobrasse algum saldo, casava esse saldo com as operações mistas. Informou que, nesse segundo casamento, teve o cuidado de casar as operações da forma menos onerosa para a interessada; ou seja, selecionou “como day trade as operações que geraram o menor prejuízo para a interessada”. Justificou ter adotado esse critério favorável ao contribuinte “pelo fato de não ser possível determinar quais, dentre as operações mistas, eram referentes às operações de day trade que não conseguiram ser casadas com outras operações de day-trade”



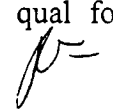
Aduziu que após a apuração do total de “day trade” da interessada e da Romanche em um determinado dia, procedeu à totalização mensal dos resultados de “day trade” por ativo. E que, depois de apurar o resultado mensal nos três mercados futuros (dólar, DII e FRA), comparou os resultados de ambas; sempre que o prejuízo mensal da interessada com operações “day trade” foi maior que o lucro mensal com operações de mesma espécie da Romanche, considerou, como despesa não necessária, a parcela do prejuízo que não superou o lucro da Romanche, e sempre que o prejuízo mensal da interessada com operações “day trade” foi menor que o lucro mensal com operações de mesma espécie da Romanche, considerou, como despesa não necessária, todo o prejuízo.

Registrou a autoridade fiscal que esse critério foi adotado pelo fato de os números mostrarem que as operações da Romanche não eram utilizadas exclusivamente como instrumento de transferência de lucros da interessada para o exterior, haja vista que, em algumas vezes, a perda desta era superada pelo montante negociado por aquela.

Seguindo a lógica descrita, o processamento dos dados fornecidos pela BM&F resultou nos valores expostos no demonstrativo de fls. 526v. e 527, destacando que, como era de se esperar, os resultados da interessada e da Romanche apurados no período de 2002 a 2004 reforçaram os valores anteriormente levantados nos relatórios da CVM, pois, na maioria dos meses, a Romanche auferiu lucros e a interessada amargou prejuízos. Ressaltou que a interessada não conseguiu estabelecer uma ligação dessas perdas com nenhuma estratégia (hedge, trava ou financiamento) e que, assim, elas se revelaram deliberadas.

Concluiu, afinal, que os fatos expostos no TVF deixam claro que a interessada, por meio de operações realizadas no mercado de derivativos que lhe causaram prejuízos, transferiu recursos para o exterior; e que o beneficiário desses recursos foi a Romanche, “cujos ganhos em operações nos mercados futuros possuem uma improvável correlação negativa com as perdas do UBS Pactual” Tais conclusões, a seu ver, estariam sustentadas nos seguintes pontos: (a) os prejuízos recorrentes da interessada; (b) o fato de os prejuízos não estarem vinculados a nenhuma operação de “hedge”, financiamento ou trava; (c) os ganhos recorrentes e de similar magnitude da Romanche; e (d) a brecha na norma operacional que possibilita a identificação do comitente após a ciência do resultado – ganho ou perda – da operação, conjugada com o fato de as ordens serem do tipo administrada e de ficar à mercê da Pactual Corretora a identificação do comitente depois de conhecidos os resultados das operações.

Na impugnação o contribuinte alegou, preliminarmente, que o auto de infração é nulo pelas seguintes razões (i) porque, tratando-se da prática de suposta simulação fraudulenta em operações realizadas na BM&F, o autuante teria que solicitar a decretação da ineficácia das operações ao Judiciário; (ii) porque o seu dolo não foi comprovado, mas tão-somente alegado, e como o suposto ato doloso está fundado na realização de operações “casadas” para a obtenção dos resultados desejados, haveria de se provar, no mínimo, que as suas perdas não derivaram das oscilações típicas do mercado, conforme estipulado no art. 28 do regulamento da BM&F; (iii) porque não há prova da relação entre ela e a Romanche que sirva de sustentáculo ao suposto conluio e que comprove o vício de consentimento capaz de macular a legitimidade das operações “day trade, havendo somente a afirmação de que ela seria a representante legal, no Brasil, da outra empresa; (iv) porque foram refutadas as acusações contidas no PAS 13/04 e, posteriormente, firmado um termo de compromisso visando ao seu arquivamento e, com a homologação do termo, houve a clara invalidação do processo inquisitório; (v) porque se alicerçou em prova emprestada – o PAS 13/04 – o qual foi



arquivado sem que a CVM tenha se pronunciado acerca da veracidade das acusações formuladas; (vi) porque a infração apontada foi equivocadamente capitulada no art. 299 do RIR/1999, que trata das despesas operacionais, entre as quais não se enquadram os prejuízos decorrentes de operações “day trade” realizadas por instituições financeiras nos mercados de renda variável, cuja dedução é autorizada pelos artigos 76 e 77 da Lei nº 8.981, de 1995; (vii) porque o próprio autuante reconheceu que as perdas poderiam ser em parte dedutíveis, na medida em que a sua indedutibilidade foi limitada ao ganho auferido pela Romanche. Aduziu que tal entendimento se revela completamente paradoxal, uma vez que o cerne da autuação está fincado na premissa de que as operações realizadas foram revestidas de artificialismo, ao imputar uma “trava” para a dedução dos custos, o autuante acabou por reconhecer que parte da operação foi legitimamente realizada. Disse, ainda, não haver como prosperar o raciocínio de que o resultado de uma operação em mercado de renda variável tenha uma de suas partes dedutível e outra não.

Quanto ao mérito, as razões de defesa estão assim resumidas no relatório que integra a decisão recorrida:

12.1. que o mercado futuro é normalmente centrado em uma bolsa de valores ou de mercadorias cujo objetivo principal é prover instrumentos financeiros que permitam a compradores e vendedores protegerem-se de oscilações de preços;

12.2. que, segundo Eduardo Fortuna, “Os mercados de futuros têm como objetivo básico a proteção dos agentes econômicos – produtores primários, industriais, comerciantes, instituições financeiras e investidores – contra oscilações dos preços de seus produtos e de seus investimentos em ativos financeiros (...) Não há, portanto, a concretização física do negócio, mas, sim, a concretização financeira através do pagamento/recebimento em moeda. Compram-se e vendem-se mercadorias e ativos financeiros apenas no papel” (Mercado Financeiro Produtos e Serviços; Ed. Qualitymark; 2005; pág. 633 e 635);

12.3. que, no mercado futuro, são realizadas operações diretas e indiretas; as diretas são aquelas em que, por meio de uma corretora, as contrapartes avençam compra e venda de mercadorias ou ativos financeiros, sendo, portanto, conhecidas pela corretora e, eventualmente, por elas próprias; as indiretas se diferenciam das diretas, basicamente, por não existir o conhecimento das contrapartes nos negócios; as ordens são dadas a uma corretora que as executa no mercado sem que haja o contato entre vendedores e compradores;

12.4. que, no caso vertente, as operações foram, em sua esmagadora maioria, indiretas;

12.5. que, para maior compreensão do alegado, basta analisar as planilhas entregues pela BM&F ao autuante (reprodução às fls. 903), por meio das quais se verifica que, da totalidade das operações realizadas no mercado, apenas um percentual ínfimo foi de operações diretas e não necessariamente realizadas com a Romanche;

12.6. que, da análise das planilhas, pode-se concluir que a grande maioria das suas operações foi feita de forma indireta, e que mesmo as operações diretas – um percentual ínfimo – não foram efetuadas com a Romanche;

12.7. que, se para um ato ser considerado viciado é indispensável a comprovação da intenção dolosa das partes, não há como admitir que as operações em questão continham vícios, uma vez que elas foram realizadas indiretamente, hipótese em que as contrapartes nem sequer se conhecem;

12.8. que as suas operações, efetuadas no regular exercício das suas atividades, sempre se realizaram no mercado, a preços e condições de mercado e contra o mercado, por meio de diversas corretoras e sem o conhecimento de suas contrapartes, sujeitas, portanto, a livre interferência dos outros integrantes do mercado; as da Romanche também;

12.9. que se pode verificar nas planilhas acostadas ao PAS 13/04, nas quais há a identificação das suas contrapartes em dois dias de negociação, a existência de inúmeras partes, entre as quais não se encontra a Romanche (quadros às fls. 905/907);

12.10. que, pela simples análise de dois dias de operações, pode-se verificar que ela realizou vinte e um negócios, e em apenas um único deles teve a Romanche como contraparte; esta, por sua vez, realizou, em nove dias, mais de cem negócios, e a teve como contraparte em somente sete deles;

12.11. que esse fato revela que não havia padrão algum nas contrapartes e corrobora a sua alegação de que as operações foram feitas no mercado, a preços e condições de mercado e contra o mercado;

12.12. que houve alguns negócios realizados entre ela e a Romanche no período examinado, o que se revela absolutamente natural em virtude da quantidade de operações que elas realizam quase que diariamente nos mesmos mercados; o próprio autuante reconheceu que “ambas as instituições são os principais clientes da Pactual CM”, e assim, é perfeitamente razoável que elas, nessa condição, apareçam como contrapartes em algumas operações, o que, aliás, ocorreu, como admitido, em percentuais risíveis;

12.13. que, à guisa de ilustração, nos meses em que se realizou o maior número de operações entre elas: a) foram feitos, no mercado de dólar, em junho de 2003, cerca de 44 negócios de um total de 1.926; b) no mercado DI, esse número foi, em abril de 2003, de cerca de 41 de um total de 2.628; e c) no mercado FRA, esses números, em novembro de 2002, foram de 190 e 1.199, respectivamente;

12.14. que, se em mais de 97% das suas operações nos mercados de dólar e DI e em mais de 84% delas no mercado FRA a Romanche não figurou sequer como contraparte, não conseguiu

vislumbrar como poderia ter havido transferência de recursos entre elas;

12.15. que, quanto à afirmação do autuante de ser “inexplicável que alguém investindo em mercados que se comportam de maneira imprevisível, aleatória, consiga sempre, ou quase sempre, perder”, diga-se, a bem da verdade, que ela é inverídica e só pode advir da equivocada análise das suas operações, na medida em que, como se pode verificar nas suas demonstrações financeiras (fls. 997/1.091), as quais se submetem até mesmo à fiscalização do Banco Central, sempre obteve resultados positivos no período autuado;

12.16. que os valores apurados pelo autuante como objeto de conluio entre ela e a Romanche não são sequer idênticos; não há um só valor entre os apurados como prejuízos dela e lucros da outra que seja coincidente;

12.17. que a afirmação do autuante de que “não foi possível determinar quais, dentre as operações mistas, eram referentes às operações de daytrade que não conseguiram ser casadas com outras operações de day-trade” implica o seu reconhecimento de que procedeu a uma análise parcial das operações realizadas, a qual não levou em conta as operações futuras e passadas àquelas examinadas que serviriam para dar suporte umas as outras;

12.18. que, assim, tal análise, ao levar em conta tão-somente os seus ajustes do dia, desprezou o resultado final das posições por ela assumidas nas diversas operações efetuadas no mercado;

12.19. que, ao considerar os dados mensais referentes aos ajustes do dia, isto é, aos ajustes de operações novas, o autuante cometeu flagrante equívoco, pois ignorou a abrangência dessas operações bem como a sua ligação com outras que seriam realizadas e que dariam suporte às que foram analisadas de forma isolada;

12.20. que a consideração isolada dos ajustes do dia leva a conclusões equivocadas, uma vez que, assim, são desprezados os ajustes de carregamento de posição que refletem a posição de fechamento do cliente no dia anterior, os quais, se tivessem sido considerados, revelariam de pronto a diferença entre a sua atuação e a da Romanche; em outras palavras, ao contrário da alegação do autuante, a sua atuação e a da outra empresa não são simetricamente opostas nem mesmo na aparência;

12.21. que os quadros transcritos na impugnação (fls. 912/914) revelam que: a) no mercado futuro de dólar, os seus ajustes de carregamento de posição e os da Romanche foram, no período examinado, de mesmo sinal; os seus, positivos de R\$ 179 milhões; os dela, positivos também, mas apenas de R\$ 16 milhões; b) no mercado futuro de DI, os resultados de ambas foram igualmente positivos; e c) no mercado futuro de DDI ou FRA, os seus resultados, embora de mesmo sinal, foram negativos;



12.22. que a soma dos ajustes de carregamento de posição nos três mercados evidencia que, em quinze dos dezessete meses examinados, elas apresentaram os mesmos sinais em seus ajustes e, nos dois meses em que tiveram ajustes opostos, os dela foram positivos e os da Romanche, negativos;

12.23. que o autuante desprezou o fato de que o maior ajuste, no mercado de dólar, R\$ 10.948 milhões, foi a seu favor, no dia 29 de janeiro de 2004, e que o somatório dos ajustes, naquele mercado e naquele mês, foi de R\$ 33.3 milhões para ela e de R\$ 31.8 milhões para a Romanche, ambos positivos;

12.24. que, naquele mesmo janeiro, os ajustes por conta de posição no mercado de dólar somaram R\$ 34.5 milhões, enquanto aqueles por conta de operações do dia somaram R\$ 1.2 milhão; os ajustes de posição, portanto, foram, em valor absoluto, aproximadamente 29 vezes maiores que os das operações do dia;

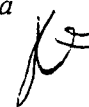
12.25. que, diante de tais dados, diferentemente do que denota o auto de infração, evidencia-se a total falta de padrão entre a sua atuação e a da Romanche;

12.26. que, em face dos totais de ajustes do dia de ambas as investidoras, o autuante apontou que o montante dos seus seria negativo, ao passo que o da Romanche seria positivo, na seguinte relação: a) futuro de dólar – ajustes positivos para a Romanche de R\$ 261.696.594,35 e negativos para ela de R\$ 223.643.594,35; b) futuro de FRA de cupom cambial – ajustes positivos para a Romanche de R\$ 78.854.439,70 e negativos para ela de R\$ 54.153.762,99; e c) futuro de taxa de juros DI de 1 dia – ajustes positivos para a Romanche de R\$ 27.491.831,45 e negativos para ela de R\$ 23.123.061,19;

12.27. que, assim, nos três mercados futuros analisados, em todos os meses do período de outubro de 2002 a fevereiro de 2004, os seus ajustes do dia teriam sido negativos contra ajustes positivos da Romanche, com exceção de quatro meses no mercado DII, nos quais ela teria recebido ajustes positivos; em outras palavras, os dados apresentados no auto de infração levariam um leitor desavisado a concluir pela ocorrência de ajustes opostos em praticamente cem por cento daquele período;

12.28. que, contudo, se, em vez de considerar o valor mensal dos ajustes do dia, fossem considerados os ajustes do dia verificados diariamente naquele período, desvaneceria o percentual de 100% de ajustes opostos constante da autuação; com efeito, no mercado DI, por exemplo, a quantidade de dias em que ela teve ajuste do dia negativo e a Romanche ajuste positivo cairia de 100% para 47,9%; no mercado DDI, o percentual subiria um pouco, para 64,7%, e no mercado de dólar, para 82,6%;

12.29. que, de uma forma ou de outra, seja analisando-se os ajustes do dia, seja os de carregamento de posição, ou os totais, o fato é que, diferentemente do que sugere a acusação, a sua



atuação não guarda relação – muito menos simetricamente oposta – com a da Romanche;

12.30. que, em decorrência, ficou bastante claro que não houve simulação nas suas operações; com efeito, nenhum ato ou negócio jurídico deve ser considerado simulado quando apresentar a adequada correlação entre a forma jurídica adotada e o resultado obtido, conforme está a denotar a ementa do acórdão 106-09343, da 6ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, transcrita na impugnação (fls. 921); e

12.31. que a conclusão é a de que, por todos os ângulos analisados, o auto de infração se encontra despidido de legitimidade, mormente pela falta de comprovação da suposta simulação, razão pela qual é imperiosa a admissão da dedução, na determinação do lucro real, das perdas havidas nas operações “day trade”, consoante os artigos 76 e 77 da Lei nº 8.981, de 1995.

13. Contra a aplicação da multa isolada prevista no art. 44, § 1º, IV, da Lei nº 9.430, de 1996, alegou a interessada:

13.1. que tal penalidade somente poderia lhe ser imposta no ano calendário em que ocorrida a falta do recolhimento mensal por estimativa; e

13.2. que este é o entendimento do Conselho de Contribuintes, como demonstra a ementa do acórdão 103-23.056, que transcreveu na impugnação (fls. 929).

14. Por fim, a interessada investiu contra a exigência também da multa qualificada (150%), sob a alegação de que o Conselho de Contribuintes tem se manifestado contra a aplicação concomitante de multas que incidam sobre uma mesma base de cálculo, conforme indicam os julgados citados na impugnação (fls. 930/933).

15. Contra as exigências de CSLL, PIS e COFINS, a interessada alegou, em resumo (fls. 1.098/1.148, fls. 1.305/1.364 e fls. 1523/1.582), que, por decorrerem da ação fiscal que culminou com a lavratura do auto de infração que lhe exige IRPJ, as razões expostas contra este também se lhes aplicam.

A Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgou improcedentes os lançamentos, recorrendo, de ofício, a este Conselho.

É o relatório. 

Voto

Conselheira Sandra Faroni

O valor do crédito exonerado supera o limite de alçada, sujeitando, a decisão, à revisão necessária. Tomo conhecimento do recurso.

A Fiscalização glosou as perdas contabilizadas pelo Banco, por considerá-las não necessárias.

O procedimento fiscal, conforme relatado, consistiu, em síntese, no seguinte:

A autoridade analisou, em bases diárias e por mercado futuro (dólar, DI1 e FRA), as operações da interessada e da Romanche na BM&F, e selecionou as operações diárias classificadas, nos arquivos da BM&F, como “day trade”, normal ou mista, de cada modalidade (Dólar, DI1 e FRA) no período de outubro de 2002 a dezembro de 2004. Em virtude de haver operações mistas em que parte delas se referia a operações “day trade”, na apuração das operações “day trade” ocorridas em cada dia, primeiro selecionou as operações “day trade” e efetuou “o casamento entre as compras e vendas”, e se depois desse casamento sobrasse algum saldo, casou esse saldo com as operações mistas. Nesse segundo casamento, teve o cuidado de casar as operações da forma menos onerosa para a interessada; ou seja, selecionou “*como day trade as operações que geraram o menor prejuízo para a interessada*”. Justificou ter adotado esse critério favorável ao contribuinte “*pelo fato de não ser possível determinar quais, dentre as operações mistas, eram referentes às operações de day trade que não conseguiram ser casadas com outras operações de day-trade*”

Após a apuração do total de “day trade” da interessada e da Romanche em um determinado dia, procedeu à totalização mensal dos resultados de “day trade” por ativo. E que, depois de apurar o resultado mensal nos três mercados futuros (dólar, DI1 e FRA), comparou os resultados de ambas. Sempre que o prejuízo mensal da interessada com operações “day trade” foi maior que o lucro mensal com operações de mesma espécie da Romanche, considerou, como despesa não necessária, a parcela do prejuízo que não superou o lucro da Romanche, e sempre que o prejuízo mensal da interessada com operações “day trade” foi menor que o lucro mensal com operações de mesma espécie da Romanche, considerou, como despesa não necessária, todo o prejuízo.

Como a lei estabelece a tributação dos ganhos líquidos, as perdas são consideradas normais (necessárias) para obtenção dos ganhos, a menos que se demonstre que as perdas são simuladas (artificialmente criadas).

No caso, essa foi a acusação fiscal : que nas operações praticadas com intermediação de sua controlada, Pactual Corretora de Mercadorias, o Banco gerou perdas artificiais para transferir recursos para a Romanche, investidora estrangeira da qual é representante no Brasil. Teria havido conluio entre a Recorrente e a Romanche para transferir recursos da interessada para o exterior, com a conseqüente redução indevida do seu lucro real. As perdas, portanto, teriam sido simuladas.



Como é de todos sabido, quando a acusação é de simulação, a prova, quase sempre, é obtida de forma indireta.

No caso, há dois fatos indicativos da ocorrência de manipulação dos resultados: (1) nas operações intermediadas pela controlada do Banco, a Pactual CM, quase invariavelmente a Romanche praticou as operações diárias mais lucrativas, enquanto o Banco UBS Pactual realizou os negócios mais deficitários, (b) o fato de as operações serem do tipo “administrada”, e a identificação do comitente ter sido conhecida sempre no final do dia (após as 18 horas), possibilitando à Pactual Corretora identificar o comitente depois de conhecidos os resultados das operações.

Porém esses fatos são indícios, início de prova, não suficientes, ainda, para caracterizar a simulação.

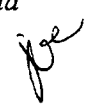
Veja-se que a própria autoridade fiscal declarou que os números mostram que as operações da Romanche não eram utilizadas exclusivamente como instrumento de transferência de lucros da interessada para o exterior, haja vista que, em algumas vezes, a perda desta era superada pelo montante negociado por aquela. Essa fato levou a autoridade a criar um método próprio para apurar as perdas a seu ver indedutíveis: Se o prejuízo mensal do Banco foi maior que o ganho mensal da Romanche (em operações da mesma espécie), limitou a glosa ao valor do ganho da Romanche; caso contrário, glosou toda a perda.

Aqui nota-se uma incoerência: ao mesmo tempo em que admite que as operações com a Romanche não eram utilizadas exclusivamente para a transferência de lucros para o exterior, pelo método adotado a autoridade acaba por considerar viciadas todas as perdas do Banco em operações com a Comanche.

Da decisão recorrida destaco os seguintes excertos:

Mais uma vez, está-se diante de uma glosa de custos alicerçada em acusação de ter havido simulação de operações financeiras de renda variável para forjar prejuízos fiscais. A simulação, desta feita, teria sido urdida com o concurso de operações realizadas na BM&F. A prova da simulação seria a constância de prejuízos apurados pela interessada em operações realizadas no período de outubro de 2002 a fevereiro de 2004 nos mercados futuros de dólar, taxa de juros e cupom cambial em contraposição a recorrentes lucros, verificados no mesmo período e nos mesmos mercados, da Romanche, investidora domiciliada no exterior e representada, no Brasil, pela própria interessada.

É de bom alvitre registrar desde logo que um ponto tão caro aos auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil incumbidos dos serviços de fiscalização e sempre utilizado para recusar as provas e os esclarecimentos oferecidos pelos fiscalizados, a coincidência de datas e valores registrados em suas escriturações comerciais e fiscais, não se encontra presente nestes autos. Não foi apresentado um só prejuízo da interessada – diário, mensal ou total – que correspondesse a um lucro da Romanche.



Outro fato – e que fato! – a apontar na direção de que a simulação apontada foi apenas presumida e não comprovada é o de que as operações se realizaram na BM&F. Ora, não é razoável supor que, no pregão, os negócios não se realizem a preços de mercado. Afinal, essa é a sua essência; a razão da sua existência. E não se deve desprezar jamais a vigilância mantida por aquela instituição sobre os negócios realizados no seu recinto; afinal, é ela que lhe assegura toda a credibilidade da qual desfruta no Brasil e no exterior. Não tenho dúvida de que a própria BM&F, ao menor sinal da manipulação de preços, suspenderia os negócios e, no caso da sua confirmação, puniria exemplarmente os envolvidos. Esse é o procedimento que o mercado espera daquela instituição e é assim que ela tem procedido.

Elementos e aspectos outros há nos autos a impregnar de dúvidas o espírito daqueles que precisam deles extrair convicções acerca da simulação apontada; os acima citados, porém, já me bastam (...)

(...) pode-se até mesmo admitir que as provas sejam apenas indiciárias, (...) Todavia, o pilar da acusação de simulação, a confrontação de prejuízos da interessada com lucros da Romanche, é um elemento por demais débil que, para mim, nem chega a constituir um indício, que dirá uma prova indiciária. De constituir esta então o tal indício está a léguas de distância, sobretudo em face de os lucros e prejuízos não coincidirem nunca.

(...), não vejo razão para levar adiante – embora vá levar de qualquer jeito em função do recurso de ofício ao qual estou obrigado – um procedimento fiscal focado em operações financeiras realizadas na BM&F e cuja acusação de simulação de resultados, a despeito de toda a sua improbabilidade, arrima-se exclusivamente em suposições, considerações e dados que, para mim, não chegam sequer a constituir indícios do vício apontado.

Por fim, recuso-me a admitir o método adotado pelo autuante para determinar as parcelas dos prejuízos que seriam indedutíveis na apuração do lucro real (...). Ora, se a acusação é a de simulação de operações financeiras, seria imprescindível, para a sua admissão, que o autuante identificasse uma por uma as operações que reputou viciadas. Não é admissível que, sem uma perfeita identificação, umas sejam aleatoriamente consideradas viciadas e outras não; até porque haveria o risco de se considerar algumas operações apenas meio-simuladas, o que é inconcebível”.

Entendo, sim, haver indícios de manipulação de preços. Porém, a prova indireta, a conclusão (presunção) quanto a terem as operações sido artificialmente engendradas para produzir prejuízos na Interessada, e transferir lucros para o exterior, não restou, a meu juízo, suficientemente comprovada.

BE

A acusação de artificialidade nas operações para reduzir os lucros da Recorrente só teria respaldo lógico se demonstrado que beneficiaram, ainda que indiretamente, o Banco ou seus sócios. E nada há, nos autos, que demonstre esse fato.

A CVM identificou indícios de manipulação do mercado, a fiscalização também levantou esses indícios, mas não há nos autos elementos suficientes para caracterizar a simulação e concluir pela glosa de custos, carecendo de certeza os lançamentos.

Nego provimento ao recurso de ofício.



Sandra Faroni - Relatora