



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 19740.000475/2004-01
Recurso nº. : 151.160
Matéria : IRPJ E OUTRO – Ex: 2000
Recorrente : BANCO SANTANDER S/A
Recorrida : 8ª TURMA – DRJ – RIO DE JANEIRO – RJ I
Sessão de : 19 de outubro de 2006
Acórdão nº : 101-95.806

IRPJ – GLOSA DE PERDAS EM OPERAÇÕES DE DAY TRADE – As perdas apuradas em operações day trade, não tendo restado dúvidas quanto a sua efetividade, nem questionado o valor referente à transação, devem ser consideradas como necessárias, normais e usuais para o tipo de atividade desenvolvida pela empresa, e não há como questionar a dedutibilidade em face da legislação de regência.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE – CSLL

A decisão proferida no lançamento principal estende-se aos lançamentos decorrentes.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recursos interpostos por BANCO SANTANDER S/A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

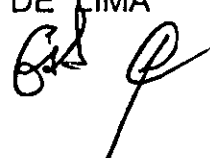
MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

PAULO ROBERTO CORTEZ
RELATOR

PROCESSO Nº. : 19740.000475/2004-01
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.806

FORMALIZADO EM: 14 NOV 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, SANDRA MARIA FARONI, VALMIR SANDRI, CAIO MARCOS CÂNDIDO e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR. Declarou-se impedido de participar do julgamento o Conselheiro JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'B. S. P.', located to the right of the text block.

PROCESSO Nº. : 19740.000475/2004-01
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.806

Recurso nº. : 151.160
Recorrente : BANCO SANTANDER S/A

RELATÓRIO

BANCO SANTANDER S/A, já qualificado nos presentes autos, interpõe recurso voluntário a este Colegiado (fls. 605/643) contra o Acórdão nº 8.322 de 30/08/2005 (fls. 581/597), proferido pela colenda 8ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro - RJ, que julgou procedente o lançamento consubstanciado nos autos de infração de IRPJ, fls. 459 e CSLL, fls. 463.

Consta do Relatório Fiscal (fls. 447/458), a seguinte irregularidade fiscal, em resumo:

Está-se diante de operações em que a fiscalizada paga à sua controlada (Bozano Simonsen Leasing), preços majorados na aquisição de cotas dos fundos de Investimentos no Exterior. Na mesma data (operações "Day-trade" no dia 26/03/1999) a fiscalizada revende à sua controlada o mesmo número de cotas por preços substancialmente menores. Nesse processo, os prejuízos decorrentes da diferença entre os valores praticados são assumidos pela fiscalizada.

(...)

Feita uma análise sobre a dedutibilidade das despesas, conclui-se que não há como aceitar que a fiscalizada como instituição financeira, cotista e administradora dos referidos fundos FLEX, sob o manto de um suposto "direito constitucional de livre disponibilidade de bens", negocie cotas de fundos de investimentos no exterior desprezando todo um ordenamento jurídico.

Não há como uma despesa ilegítima, terminantemente proibida por diversos normativos, ser considerada normal, usual, corriqueira e até mesmo habitual na espécie de negócio. Inclusive, no caso em tela, a fiscalizada declara que a mesma só realizou a operação por falta de alternativa, porque naquele momento ela era única, singular.

Nem se alegue o fato da fiscalizada ser uma instituição financeira e que qualquer despesa financeira seria inerente às suas atividades. A glosa não se deu em face da natureza da despesa ou pela expressão de seu valor, mas sim pelas circunstâncias em que ela se deu. Ou seja, uma despesa não usual ou normal.

Portanto, verificada a condição anormal da operação efetuada com a empresa controlada, o prejuízo nela apurado há que ser considerado indedutível para fins de apuração do lucro real, por não corresponder aos requisitos da usualidade e normalidade de despesa, aludidos no art. 299 do RIR/99.

A análise da carteira dos fundos proporcionou as seguintes constatações:

1. Constatou-se que no dia 26/03/99, o ativo Eurobônus (BOZ05) desvalorizou-se próximo dos 33% nas carteiras dos fundos (fls. 79 e 120);

2. tendo em vista que os day-trade em tela foram de cotas dos fundos EMERGING e GOLDEN FIEX, nada mais lógico que se faça uma análise da evolução dos Patrimônios dos fundos ao longo do dia 26/03/99. Como, para efeito de cálculo da cota diária leva-se em conta o resultado diário de valorização ou desvalorização da carteira, com data de um dia útil imediatamente anterior (fls. 123), far-se-á um demonstrativo comparando as cotas registradas no dia 26/03/99 e 29/03/99 (data em que foi sensibilizado o fechamento do dia 26/03/99).

A desvalorização do ativo eurobônus teve um peso de 84,72% e 98,09% na perda registrada pelos fundos Emerging Fiex e Golden Fiex. Conclusão imediata: as perdas da operações day-trade decorreram basicamente da desvalorização do eurobônus (BOZ05) registrada no dia 26/03/99.

(...)

Não se discute a memória de cálculos apresentada pela fiscalizada quanto à desvalorização de 32% do valor de face do eurobônus (BOZ05) no dia 26/03/99. Contudo, verifica-se que as variações utilizadas na memória de cálculos da fiscalizada registram variações insignificantes nos dias que antecederam à operação day-trade, incapazes de alterar, significativamente, o percentual de desvalorização registrado no dia 26/03/99. Ou seja, qualquer simulação de cálculo de valorização do eurobônus, feita com a mínima antecedência, levando em consideração o risco-Brasil, o risco de crédito do próprio emissor e o efeito da taxa de câmbio, evitaria uma despesa desnecessária.

A falta de cautela, pela fiscalizada como administradora e cotista dos fundos, em verificar se as condições do mercado estavam apropriadas para operação, não foi o único motivo que determinou tal prejuízo. Igualmente importante foi a decisão de manter a carteira dos fundos sem correção a valor de mercado.

Uma despesa financeira decorrente de uma operação mal sucedida, ocorrida dentro da normalidade, seria, em princípio, dedutível para a fiscalizada, não cabendo ao Fisco efetuar qualquer análise sobre a conveniência ou não de determinada empresa realizar algum investimento. Entretanto, essa não poderia ser a postura do Fisco diante de operações em condições anormais, que apontem para a geração de prejuízos artificiais ou para o favorecimento à empresa controlada, neste

último caso, por caracterizar liberalidade em detrimento da própria empresa.

Não resta dúvida sobre a caracterização das despesas como não necessárias à realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora – condição de dedutibilidade de qualquer despesa para efeito de determinação do lucro real.

Inconformado, o interessado apresentou a impugnação de fls. 477/525.

A Colenda Turma de Julgamento de primeira instância decidiu, por maioria de votos, pela manutenção da exigência tributária, conforme acórdão citado, cuja ementa tem a seguinte redação:

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1999

LUCRO REAL ANUAL. PRAZO DECADENCIAL.

Nos termos do art 150 § 4º do CTN, o prazo decadencial finda em cinco anos a contar da data de ocorrência do fato gerador. Configurada a opção pelo lucro real anual, tal data ocorrerá ao fim do período base, quando serão confrontadas as receitas e despesas que comporão o resultado do período.

PREJUÍZOS EM OPERAÇÕES DE DAY TRADE. INDEDUTIBILIDADE.

São indedutíveis, para efeitos fiscais, os prejuízos gerados artificialmente em negociações de compra e venda de títulos financeiros realizadas no mesmo dia, em desconformidade com as regras de mercado e com propósitos outros que não o desenvolvimento da atividade empresarial.

MULTA DE OFÍCIO. INCORPORAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR.

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

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Exercício: 1999

DECORRÊNCIA.

Decorrendo a exigência da mesma imputação que fundamentou o lançamento do IRPJ, deve ser adotada, no mérito, a mesma decisão proferida para o imposto de renda, desde que não presentes arguições.

Lançamento Procedente.



Ciente da decisão de primeira instância em 10/02/2006 (fls. 603) e com ela não se conformando, a contribuinte recorre a este Colegiado por meio do recurso voluntário apresentado em 13/03/2006 (fls. 605), alegando, em síntese, o seguinte:

- a) que já havia decorrido o prazo decadencial para lavrar o auto de infração, porquanto os supostos fatos geradores se teriam passado no dia 26.03.99, enquanto que a ciência do lançamento se deu em 21.12.2004;
- b) que os cálculos efetuados pela administração tributária estão equivocados, porquanto foi desconsiderada parte substancial do montante de prejuízos fiscais mantidos pelo recorrente no exercício objeto de revisão do lançamento e regularmente contabilizados em seu LALUR;
- c) que as quotas objeto das negociações passadas em 26.03.1999, foram compradas e vendidas rigorosamente por seu valor de mercado, como reconhecido pela própria Administração Tributária, o que por si só já é suficiente para afastar a pretendida artificialidade das perdas daí resultantes;
- d) que não bastasse, o prejuízo experimentado pelo recorrente justifica-se plenamente em razão da drástica desvalorização do Eurobônus (33% de perda) que compunham as carteiras dos fundos cujas quotas foram negociadas, desvalorização essa igualmente reconhecida como legítima pela própria Administração Tributária e que ocorreu ao longo do intervalo de tempo que medeia a abertura e o fechamento dos mercados mundiais do dia 26.03.1999, ou seja, o mesmo dia em que as quotas foram negociadas. Disso se segue que se o recorrente houvesse adquirido as quotas e com elas permanecido até o fechamento do dia, sofreria um prejuízo de R\$ 6.237.362,75, superior ao efetivamente experimentado e sequer seria possível cogitar-se de autuação fiscal, visto como é inegável – e a própria Administração Tributária reconhece este fato em diversas ocasiões – que a dramática

desvalorização das quotas objeto de negociação foi real, efetiva e teve como causa variáveis de mercado concretas e plenamente demonstráveis;

- e) que, sob o prisma do critério "usualidade", é inegável que perdas em operações de renda variável são operacionais, usuais e normais para as instituições financeiras, haja vista a natureza peculiar de suas atividades, em que a assunção de riscos e a prática de operações especulativas constitui sua própria razão de existir;
- f) que, no que se refere ao aspecto de necessidade, não apenas não se conseguiu demonstrar o porquê de as perdas sofridas terem sido consideradas "desnecessárias ao desenvolvimento da atividade empresarial", tal como se estivéssemos cuidando de uma empresa não-financeira, mas também é inadmissível fundamentar-se a glosa em uma suposta "falta de cautela" ou na possibilidade de "evitar uma despesa desnecessária". De qualquer forma, analisando o negócio questionado sob o enfoque da suposta "artificialidade" alegada pela r. decisão, também se concluirá pela inviabilidade de manter-se o lançamento, visto como a operação pe absolutamente inquestionável tanto no seu aspecto objetivo, quanto no subjetivo;
- g) que, se existe um preço justo para a transação, como afirma o Termo de Verificação Fiscal, e se a variação negativa das quotas é inquestionável, não poderia a Administração Tributária haver glosado a despesa por inteiro, mas apenas pela diferença entre o assim apelidado preço justo e o preço efetivo da transação;
- h) que, como pode ser visto do relatório BACEN e informado pelo recorrente durante todo o curso do presente processo, as operações se passaram em um contexto de crise macroeconômica que trouxe gravíssimas incertezas para o mercado de câmbio de uma forma geral e, especialmente para os fundos que detinham o mercado de câmbio de uma

forma geral e, especialmente, para os fundos que detinham em suas carteiras papéis emitidos em moeda estrangeira, como era o caso dos Eurobônus BOZ05, que compunham as carteiras dos fundos FLEX cujas quotas foram negociadas pelo recorrente;

- i) que a determinação do justo valor de qualquer ato vinculado a câmbio era praticamente impossível, sendo o preço das negociações fixado com base em parâmetros outros, tais como o volume das operações e a necessidade de caixa das empresas em cada momento específico. Compravam-se e vendiam-se ativos vinculados a câmbio várias vezes no mesmo dia, ao sabor de projeções que variavam drasticamente de um momento para outro;
- j) que foi justamente nesse contexto que o BACEN, percebendo a enorme exposição de risco que as aplicações em fundos FLEX passaram a representar, resolveu determinar que as instituições financeiras, dentre elas as empresas de leasing, se desfizessem de suas aplicações naqueles fundos. Segue-se então que o Banco Bozano Simonsen, administrador dos fundos e visando dar cumprimento à circular nº 2.877 de 17.03.1999 do BACEN, resolveu resgatar as quotas detidas pela empresa financeira Bozano, Simonsen Leasing S/A, pagando por elas o preço de mercado daquela data, para, depois, promover a liquidação dos fundos e ingressar com os recursos respectivos no país, seguindo a determinação do BACEN;
- k) que, do ponto de vista da Bozano Simonsen Leasing a operação também era extremamente recomendável, porquanto esta se via numa situação de desconforto de outra ordem, qual seja, seus ativos operacionais tornaram-se ilíquidos pois tratavam-se de contratos de arrendamento mercantil indexados em dólar, que perceberam elevada inadimplência diante da súbita elevação da taxa de câmbio que ocorrera ao final de janeiro de 1999. Para solucionar a

crise de liquidez naquele momento enfrentada, a Bozano, Simonsen Leasing resolveu se desfazer das aplicações financeiras, que eram concentradas em cotas de FIEIX;

- l) que, percebendo o movimento de queda de 33% no valor dos Eurobônus que compunham as carteiras dos fundos ao longo de um único dia (26.03.99) e a inevitabilidade dos prejuízos daí advindos e como ainda houvesse prazo para o encerramento das posições detidas pelas empresas financeiras dos fundos FIEIX, o recorrente tratou de se desfazer imediatamente das quotas adquiridas, experimentando perdas com a operação, mas evitando um prejuízo que poderia ter sido mais de R\$ 6 milhões superior e, ao mesmo tempo, possibilitando a realização de investimentos em derivativos cambiais, revertendo integralmente as perdas sofridas e fechando o exercício de 1999 com um lucro real de R\$ 102.175.920,84;
- m) que é impossível falar-se em ilicitude fiscal na presente hipótese, seja porque as transações se passaram rigorosamente dentro de condições normais de mercado que na ocasião se apresentavam, uma vez que a própria Administração Tributária reconhece que as quotas dos fundos variaram drasticamente ao longo do dia 26.03.1999, seja porque essa variação negativa das quotas foi largamente superior às perdas experimentadas pelo recorrente, seja porque se o recorrente houvesse permanecido com as quotas adquiridas até o final do dia ao invés de revendê-las à Bozano Leasing, sofreria um prejuízo de R\$ 6.237.362,75 superior ao que foi experimentado e não haveria qualquer dúvida quanto à sua dedutibilidade;
- n) que é de se perguntar porque razão o recorrente teria optado por revender as quotas, deixando de registrar o prejuízo adicional de mais de 6 milhões de reais, bastando para tanto, permanecer com as quotas e registrar as perdas em seu nome;

- o) que dois outros aspectos importantíssimos foram simplesmente desconsiderados pela turma julgadora que sepultam de forma definitiva qualquer possibilidade de questionamento acerca da normalidade da operação: o primeiro deles é que, conforme fls. 294 a 362 dos autos, os títulos BOZ05, que perderam 33% de seu valor no dia 26.03.1999, eram custodiados na EUROCLEAR, a maior câmara de liquidação da Europa, responsável pela custódia de títulos de crédito internacionais, sendo, portanto, absolutamente impossível ter havido qualquer manipulação no preço dos ativos, como sugere e insinua a decisão recorrida. O segundo é que, em momentos de crise cambial e de drástica desvalorização da moeda nacional, normalmente busca-se adquirir moeda estrangeira forte ou títulos emitidos em moeda forte, exatamente como fez o recorrente, tendo como objetivo não apenas o cumprimento da determinação do Banco Central, mas também vislumbrando a possibilidade de ganhos decorrentes da desvalorização do real entre a data do resgate antecipado e o prazo assinalado pelo BACEN para encerramento das posições em FLEX, de sorte tal que o recorrente tinha razões de sobra para realizar o negócio objeto de questionamento, não havendo qualquer resquício de anormalidade, quer sob o prisma subjetivo, quer sob o objetivo;
- p) que nada havia de previsível na referida desvalorização, visto que esta decorreu de critérios subjetivos de avaliação absolutamente externos e alheios à vontade das partes, pois os títulos emitidos em moeda estrangeira caíram em lugar de se valorizar, isto porque a percepção dos investidores estrangeiros acerca do risco-Brasil se deteriorou, determinando o desfazimento de posições em títulos brasileiros e causando uma perda de 33% apenas no dia 26.03.1999;



- q) que a própria fiscalização reconhece ao citar no TVF que: *“as perdas das operações day-trade decorreram basicamente da desvalorização do Eurobônus (BOZ05) registrada no dia 26/03/99”*, afirmando ainda que: *“No dia 26/03/99, a fiscalizada realizou um prejuízo no montante de R\$ 81.071.463,94, oriundo de operações de day-trade de quotas de fundos Emerging e Golden FLEX. Esse montante, por sua vez na sua quase totalidade, decorreu do impacto pela desvalorização de aproximadamente 33% do Eurobônus na carteira dos respectivos fundos”*. Para concluir que *“Não se discute a memória de cálculo apresentada pela fiscalizada quanto à desvalorização de 32% (na verdade são 33%) do valor de face dos Eurobônus no dia 26/03/99”*;
- r) que o Fisco desconsiderou o preço de mercado das quotas e efetuou o lançamento com base em mera expectativa, afirmando que o recorrente deveria saber antecipadamente que as quotas adquiridas em 26.03.99, estariam com preço inferior ao final do dia em razão de drástica desvalorização de 33% nos Eurobônus que compunham sua carteira ocorrida ao longo deste mesmo dia, como o mesmo reconhece ao afirmar que *“Não se discute a memória de cálculos apresentada pela fiscalizada quanto à desvalorização de 33% do valor de face dos Eurobônus (BOZ05) no dia 26/03/99”* (fls. 08 do TVF);
- s) que, dessa forma, como as quotas foram compradas e vendidas rigorosamente pelo seu valor de mercado, a glosa efetuada com fundamento na suposta indedutibilidade da perda incorrida na posterior alienação, seja qual for o fundamento utilizado, constitui uma arbitrariedade sem precedentes, visto como implica em uma desconsideração oblíqua e retroativa do custo de aquisição do ativo adquirido, o que é, a toda evidência, inadmissível e carente de suporte lógico ou jurídico de qualquer espécie;



- t) que, dessa forma, a simples existência de dúvida razoável, aliada a mais absoluta ausência de qualquer prova dos fatos alegados para justificar o lançamento vis-à-vis o farto conjunto probatório constante dos autos, tais como relatórios oficiais, mapas de cotação dos títulos envolvidos, regulamentos dos fundos, mapas de negociação de quotas, todos apontando no sentido da licitude do negócio praticado e de sua mais absoluta conformidade com a legislação tributária, são suficientes para determinar o cancelamento da exigência fiscal;
- u) que, no que se refere às operações day trade, o art. 249, IV do RIR/99 é claríssimo ao dispor que na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração, as perdas incorridas em operações iniciadas e encerradas no mesmo dia (day-trade), realizadas nos mercados de renda fixa ou variável. Não tem amparo legal, portanto, acrescentar diretamente ao lucro real do recorrente as perdas tidas por indedutíveis, sem antes proceder à apuração do lucro líquido dos respectivos períodos de apuração, sob pena de transformar algo que é apenas parcela do resultado operacional da empresa em base de cálculo do IRPJ e da CSLL, em procedimento simplista que não se coaduna com o caráter vinculado do lançamento;
- v) que, quanto à questão do “preço justo” que o Fisco afirma que o recorrente deveria ter praticado nas negociações com as quotas dos fundos sob exame, é importante notar que (a) em momento algum a administração tributária se dá ao trabalho de dizer qual seria esse valor e, com base nele, fazer os cálculos relativos à pretendida glosa de despesas; (b) mesmo assim a glosa não poderia jamais ser superior à diferença entre o denominado “preço justo” e o valor pelo qual a transação se passou; e (c) nesta hipótese, seria necessário, da mesma forma, recompor o lucro líquido do

período de apuração respectivo, de sorte a verificar de que forma isto afetaria o lucro real do recorrente;

- w) que, na remota hipótese de o lançamento vir a ser mantido, seja determinado o pronto refazimento dos cálculos respectivos, de sorte a considerar o verdadeiro saldo de prejuízos fiscais contabilizado em seu LALUR e devidamente informado na impugnação;
- x) que não é cabível a multa de ofício em razão do disposto nos arts. 132 e 133 do CTN e, ainda, em virtude do princípio constitucional da pessoalidade e intransferibilidade das penas;
- y) que é ilegal a cobrança dos juros moratórios com base na taxa SELIC.

Às fls. 689, o despacho da DEINF em São Paulo - SP, com encaminhamento do recurso voluntário, tendo em vista o atendimento dos pressupostos para a admissibilidade e seguimento do mesmo, manifestando-se, inclusive, a respeito da tempestividade do mesmo.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro PAULO ROBERTO CORTEZ, Relator

O recurso é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

Como visto do relatório, trata-se de glosa de perda apurada em operação de day trade realizada no dia 26/03/1999 com quotas dos fundos "Emerging Market Fiex" e "Golden Fiex". A motivação da autuação foi a artificialidade da referida operação, isto é, a ausência de necessidade e usualidade da mesma.

Inicialmente, cabe destacar que, de acordo com os documentos acostados aos autos (fls. 294/362), os títulos BOZ05, que perderam 33% de seu valor no dia 26.03.1999, conforme relatado pela própria autoridade autuante, eram custodiados no Euroclear (câmara de liquidação da Europa, responsável pela custódia de títulos de créditos internacionais), denotando a impossibilidade de manipulação no valor dos títulos.

Com relação a crise cambial ocorrida no período, é de conhecimento público a ocorrência de forte desvalorização cambial na moeda brasileira, com a decorrente deterioração do risco-Brasil, a qual determinou o desfazimento de posições em títulos brasileiros, causando uma perda de 330% apenas no dia 26/03/1999, fato esse confirmado pela própria fiscalização.

Efetivamente, a própria autoridade autuante afirma às fls. 06 que: *"as perdas das operações day-trade decorreram basicamente da desvalorização do Eurobônus (Boz05) registrada no dia 26/03/99".* E mais: *"No dia 26/03/99, a fiscalizada realizou um prejuízo no montante de R\$ 81.071.463,94, oriundo de operações de day trade de quotas dos fundos Emergin FLEX e Golden FLEX. Esse montante, por sua vez, na sua quase totalidade, decorreu do impacto provocado pela desvalorização de aproximadamente 33% do Eurobônus na carteira dos*

respectivos fundos". A seguir conclui: "Não se discute a memória de cálculo apresentada pela fiscalizada quanto à desvalorização de 33% do valor de face do Eurobônus (Boz05) no dia 26/03/99" (fls. 08).

Por seu turno, a 8ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro manteve a exigência, sob o entendimento da previsibilidade da perda. Do voto condutor proferido pela ilustre relatora de primeiro, extrai-se os seguintes excertos:

Ora, se como é sabido a instabilidade do mercado nacional já era forte em janeiro, tanto que o Cbond já vinha sendo negociado com deságio de 40% desde aquele mês, resta sem explicação o porque de o Eurobond ter permanecido até 28/03/1999 registrado no patrimônio líquido dos fundos pelo seu valor de face.

Diante dos fatos enumerados, irrelevante a afirmação da interessada de que os percentuais de desvalorização das quotas dos fundos reconhecidos pela autoridade autuante (7,0998% e 24,3321 %) mais do que justificariam os percentuais de perda (5,88% e 23,32%) correspondentes às operações de day trade. Irrelevante porque o questionamento da autuação enfoca a artificialidade das perdas apuradas, a forma como teriam sido geradas, e não a existência, em si, das mesmas.

Igualmente sem importância a alegação de que as perdas no day trade estariam justificadas pela desvalorização das quotas dos Fundos Emerging e Golden Fiex, já que tal desvalorização foi reconhecida pelo autuante, que apenas apontou a manipulação da forma como teria sido reconhecida.

Quanto a afirmação, fundamentada no art 2º da Circular 2.329 do Banco Central do Brasil, de que a interessada só era obrigada a efetuar a provisão para perdas referentes a desvalorização dos eurobonds , na contabilidade dos fundos, uma vez por mês, ao fim de cada mês, ressalto que conforme documentos de fls 50 a 120 desde 02/02/1999 o eurobonds permanecia registrado a 100% do seu valor de face na contabilidade dos Fundos. A retificação de valores que a interessada alega que não estaria obrigada a fazer foi integralmente realizada em 29/03/1999.

Por fim, alega ainda a interessada que a autoridade autuante em nenhum momento comprovou que a operação cujos resultados foram glosados teria sido praticada a preços artificiais e, que se o foram, a glosa deveria incidir tão somente sobre a diferença entre o preço considerado justo e o efetivo . Ao contrário do alegado , foi efetivamente comprovado nos autos, pelo conjunto de evidências elencado, que houve manipulação dos valor das quotas dos Fundos Emerging e Golden Fiex. Tal comportamento vicia a operação como um todo e autoriza a glosa da integralidade dos prejuízos gerados,

pois não fosse a condição específica de administradora e quotista, não teria a mesma se realizado.

Com a devida vênia, ousou discordar de tal entendimento, pois os documentos acostados aos autos comprovam que o negócio foi efetivamente realizado, e também que os preços praticados se referiam àqueles normais de mercado no dia da operação, sendo que a autoridade lançadora não fez qualquer alusão a respeito de eventual irregularidade sobre a operação, tampouco a respeito do valor da mesma.

Muito embora a análise lógica e fria da transação permitiria uma suspeita de que a operação teria como finalidade a transferência de lucros, a qual poderia levar a uma conclusão de que a mesma não preenche os requisitos de necessidade, usualidade e normalidade expresso no artigo 242 do RIR/94, não passa de simples suspeita.

Somente para argumentar, pode-se dizer que a transação resultou em um mau negócio para o recorrente, mas não negar-se a existência do prejuízo.

Por simples suspeita não se pode presumir a ocorrência de fato gerador ou promover lançamento para a constituição de crédito tributário.

A legislação tributária não proíbe o sujeito passivo de exercer qualquer atividade econômica ou quaisquer operações e para o desempenho de suas atividades operacionais o empresário pode efetuar transações mercantis de qualquer natureza, as quais, quando irregulares e motivadoras de recolhimento a menor de tributos, o Fisco tem o poder-dever do lançamento de ofício dos valores a ele devidos.

O processo fiscal tem por finalidade primeira, o controle da legalidade dos atos administrativos, que deve ser observado pelo julgador por força mesma do princípio da verdade material, na busca da descoberta da existência ou não da hipótese de incidência tributária originária do lançamento.

Assim, é de fundamental importância a verificação da motivação da exigência fiscal, se é adequada aos fatos e também à norma que a embasou, para que se possa definir a linha divisória entre a legalidade da exigência e o direito do contribuinte.

Paulo de Barros Carvalho nos ensina em sua obra "Natureza Jurídica do Lançamento" (pág. 124/137), depois de transcrever a regra do artigo 142 do CTN que:

O motivo está atrelado aos fundamentos que ensejaram a celebração do ato. Pode, na doutrina de Hely Lopes Meirelles, vir expresso em lei ou ficar ao critério do administrador. Trata-se-á, então, de ato vinculado ou discricionário, segundo a hipótese. No primeiro caso, terá a autoridade que houver de celebrá-lo de justificar a existência do motivo, sem o que o ato será invalidado ou, pelo menos, invalidável, por ausência de motivação. Mas, deixado ao alvedrio do administrador, poderá ele praticá-lo sem motivação expressa. Caso venha a especificá-la, porém, ficará jungido aos motivos aduzidos.

Mais adiante, comentando sobre a cláusula do lançamento tributário que diz *"mediante a qual se declara o acontecimento do fato jurídico tributário"* aduziu:

O ato jurídico administrativo de lançamento deve aludir a um fato concreto e, portanto, que ocorreu segundo certas condições de espaço e de tempo. Tal evento haverá de coincidir, à justa, com a descrição hipotética veiculada na hipótese normativa, o que representa o fenômeno da subsunção, isto é, o perfeito enquadramento do fato à previsão da hipótese tributária.

O Código Tributário Nacional, lei ordinária com eficácia de Lei Complementar, ao tratar da constituição - formalização da exigência - do crédito tributário, através do lançamento, assim dispõe em seu art. 142:

Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Do texto acima transcrito, verifica-se que o lançamento, como procedimento administrativo vinculado e obrigatório, é de competência privativa da autoridade administrativa regularmente constituída, devendo este, vincular o fato material da irregularidade fiscal levada a efeito pelo contribuinte, com a norma legal disciplinadora.

Na verdade o lançamento por ser um ato praticado pela autoridade legalmente competente, objetivando formalizar a exigência de um crédito tributário, pressupõe, em qualquer das modalidades previstas no Código Tributário Nacional (arts. 147, 149 e 150): a) que tenha sido constatada a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente; b) que a matéria tributável e o montante do tributo devido tenham sido determinados; c) a identificação do sujeito passivo.

A determinação desses fatos, nos estritos termos da lei, pela autoridade administrativa competente, é que dá ensejo, portanto, à figura do lançamento, como instrumento empregado pela Fazenda Pública para manifestar sua pretensão ao cumprimento da obrigação tributária.

Isto posto, passemos ao exame das normas contidas no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que rege o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União, no que respeita aos requisitos formais necessários ao procedimento administrativo de constituição do crédito tributário.

Segundo este Decreto, a exigência do crédito tributário deve ser formalizada em Auto de Infração ou Notificação de Lançamento. Em relação ao Auto de Infração, o art. 10 do já citado Decreto dispõe que:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

- I - a qualificação do autuado;
- II - o local, a data e a hora da lavratura;
- III - a descrição do fato;
- IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

Do dispositivo acima transcrito verifica-se a existência de duas espécies de atuações da administração fiscal.

A primeira espécie consiste na ação direta, externa e permanente do fisco, situação em que, constatada infração às normas da legislação tributária a autoridade administrativa competente - no caso: os Auditores Fiscais da Receita Federal, lavrarão o competente auto de infração, com observância das normas constantes do Decreto nº 70.235/72.

Denota-se aqui a preocupação do legislador ordinário em estabelecer os requisitos mínimos indispensáveis à formalização do crédito tributário, quais sejam: a identificação do sujeito passivo, o dispositivo legal infringido e/ou descrição clara e objetiva dos fatos ensejadores da ação fiscal, o valor do crédito tributário devido e a identificação da autoridade administrativa competente.

Requisitos esses implícitos na norma consubstanciada no art. 142 do Código Tributário Nacional e que dão validade jurídica ao lançamento do crédito tributário.

Marcelo Caetano, em sua obra "Manual de Direito Administrativo", 10ª edição, Tomo I, 1973, Lisboa, assim se manifesta acerca deste assunto:

O vício de forma existe sempre que na formação ou na declaração da vontade traduzida no ato administrativo foi preterida alguma formalidade essencial ou que o ato não reveste a forma legal.

Formalidade é, pois, todo o ato ou fato, ainda que meramente ritual, exigido por lei para segurança da formação ou da expressão da vontade de um órgão de uma pessoa coletiva.



Nesta mesma linha de pensamento, Antonio da Silva Cabral, em sua obra "Processo Administrativo Fiscal", Editora Saraiva, 1ª edição, 1993, ao tratar do Princípio da Relevância das Formas Processuais, nos ensina que (pág. 73):

Por força desse princípio, toda infração de regra de forma, em direito processual, é causa de nulidade, ou de outra espécie de sanção prevista na legislação.

Em direito processual fiscal predomina este princípio, pois as formas, quando determinadas em lei, não podem ser desobedecidas. Assim, a lei diz como deve ser feita uma notificação, como deve ser inscrita a dívida ativa, como deve ser feito um lançamento ou lavrado um auto de infração, de tal sorte que a não observância da forma acarreta nulidade, a não ser que esta falha possa ser sanada, por se tratar de mera irregularidade, incorreção ou omissão.

Como visto, o auto de infração deve ser lavrado por agente competente para tanto e deve conter todos os requisitos formais previstos no Decreto nº 70.235/72, inclusive a norma legal infringida pelo contribuinte.

No caso, os fatos materialmente ocorridos não se enquadram nas normas invocadas pela Fiscalização, como supostamente violadas, quer dizer, inexistindo subsunção dos fatos às normas, não procede a violação daquelas normas jurídicas invocadas.

A lei tributária não exclui, para efeito da determinação do lucro real, perdas decorrentes de negócios feitos com prejuízo, o que implicaria na adoção, para sua aferição, de critérios subjetivos de análise. A conveniência do negócio regularmente realizado é alvitre da administração, que à evidência usou critérios lógicos para sua realização, correndo os riscos que são inerentes.

Sendo certo que o cedente sofreu o prejuízo em questão na operação realizada, e, em razão de que inexiste nos autos qualquer comprovação da irregularidade da referida operação, nem mesmo quanto ao seu valor, é de se reconhecer a validade da exclusão da perda para fins de determinação do lucro real.

Em demonstrativo realizado pela própria fiscalização, os citados Eurobônus foram responsáveis por 84,72% da desvalorização total da carteira do

Fundo Emerging Markets FIEIX e 98,09% da desvalorização total da carteira do Golden FIEIX no dia 26.03.99. Ressalte-se a falta de lógica resultante no confronto das afirmativas acima e o auto de infração, tendo em vista que o impacto da desvalorização de 33% dos títulos em questão efetivamente ocorreu (vide fls. 05 do Termo de Verificação Fiscal).

Por outro lado, conforme comprovado pela recorrente, caso esta tivesse permanecido com as quotas até o final do dia em lugar de revendê-las, teria apurado um prejuízo de R\$ 6.237.362,77 superior, visto que a desvalorização das quotas dos fundos continuou até o final do dia.

Como visto acima, conclui-se que o preço de aquisição e o de venda são inquestionáveis, sendo que a perda foi glosada porque, no entender da fiscalização, deveria haver uma expectativa de redução nas quotas dos fundos quando de sua aquisição. Para a determinação do valor de ativos decorrente de aquisição existem dois critérios, quais sejam, o valor de custo ou valor de mercado, sendo que não existe qualquer previsão legal de se utilizar outro parâmetro, como, por exemplo, o de expectativa na realização de negócio, pois, caso positivo, seria possível registrar os títulos por um valor qualquer, de forma aleatória, com base em previsões futuras acerca de sua evolução, as quais podem ou não vir a se concretizar, vindo de encontro com os princípios e normas contábeis em vigor, bem como a legislação comercial e fiscal em vigor.

Denota-se dos autos, que a autoridade autuante desconsiderou o preço de mercado das quotas e efetuou o lançamento com base em uma mera expectativa, condicionando o fato de que a interessada deveria saber antecipadamente que as quotas negociadas estariam com preço inferior ao final do dia em razão da drástica desvalorização de 33% do Eurobônus do longo do dia 26.03.1999, pois como afirmado no TVF *"Não se discute a memória de cálculos apresentada fiscalizada quanto à desvalorização de 33% do valor de face dos Eurobônus (Boz05) no dia 26/03/99"*.

Diante disso, conclui-se que as quotas foram adquiridas e vendidas pelo seu valor de mercado, sendo que a glosa com base na pretensa

indedutibilidade da perda incorrida na venda não deve ser acolhida, pois não possui suporte lógico ou jurídico para a sua manutenção. O lançamento de ofício teve como pressuposto uma alegada artificialidade da perda decorrente de negociação de quotas com base no preço que, no entender da autoridade autuante, deveria ter sido praticado na aquisição dos ativos, porém, é inegável que as quotas foram adquiridas pelo preço de mercado e alienadas com prejuízo em razão da variação negativa nas carteiras dos fundos ocorrida ao longo do dia mencionado, ou seja, dentro dos parâmetros de mercado que na ocasião se apresentavam.

No caso, somente seria cabível a glosa da perda, caso a fiscalização efetuasse a prova da existência de manipulação nos valores transacionados, fato esse que não ocorreu, tornando assim, impossível a manutenção da exigência, visto que deveria ser desconsiderada e devidamente demonstrada que a operação realizada pelas partes teve como finalidade a busca de uma transferência de resultados.

Da descrição dos fatos e do relatório fiscal, não existe a acusação de simulação, até mesmo porque a própria fiscalização manifestou-se no sentido de que os preços praticados obedeceram as condições de mercado daquele dia, fato esse confirmado pela própria decisão de primeiro grau, decorrendo daí a conclusão de que é ilegítima a desconsideração dos efeitos decorrentes da operação realizada pela interessada para nela vislumbrar uma artificialidade com o propósito de reduzir o lucro tributável.

Renato Scalco Isquierdo, no livro texto produzido para o Curso de Formação da 2ª Etapa do Concurso Público para Auditor Fiscal da Receita Federal, reportando-se a Paulo Celso B. Bonilha in "Da Prova no Processo Administrativo Tributário", 1ª edição, LTr, São Paulo, 199 , assim trata do ônus da prova:

Contudo, nos últimos tempos, as elaborações doutrinárias evoluíram na Itália e essas premissas foram sendo questionadas e rebatidas e hoje, como testemunha TESAURO, ninguém crê mais na inversão da prova por força da presunção da legitimidade dos atos administrativos e tampouco se pensa que esse atributo exonera a administração de provar os fatos que afirma.

A pretensão da Fazenda funda-se na ocorrência do fato gerador, cujos elementos configuradores supõem-se presentes e comprovados, atestando a identidade de sua matéria fática com o tipo legal. Se um desses elementos se ressentir de certeza, ante o contraste da impugnação, incumbe à Fazenda, o ônus de comprovar a sua existência.

Isto é, a presumida legitimidade do ato permite à Administração aparelhar e exercitar, diretamente, a sua pretensão e de forma executória, mas este atributo não a exime de provar o fundamento e a legitimidade de sua pretensão.

De acordo com o artigo 9º do Decreto nº 70.235/72, o auto de infração deve estar instruído com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. Incumbia à autoridade fiscal instruir o auto de infração com a prova de ocorrência do ilícito. Não o tendo feito, descabe inverter o ônus da prova e, em fase recursal, questionar as provas que não foram trazidas, sequer pedidas na fase fiscalizatória.

Também não há que se falar em transferência de lucros tributáveis para empresa do mesmo grupo com estoque de prejuízos fiscais a compensar, pois dos autos se constata que a empresa Bozano, Simonsen Leasing S/A, com a qual a recorrente efetuou a transação, apurou lucro tributável e recolheu os tributos correspondentes no período-base em questão.

Por se tratar de perda ordinariamente dedutível, e por não ter o fisco demonstrado sua atipicidade, artificialismo ou desconformidade com o mercado, dou provimento ao recurso.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

Em se tratando de lançamento chamado decorrente, cuja exigência deu-se com base nos mesmos fatos apurados no auto de infração relativo ao Imposto de Renda, a decisão de mérito prolatada naquele procedimento constitui prejudgado na decisão do feito relativo ao tributo reflexo.

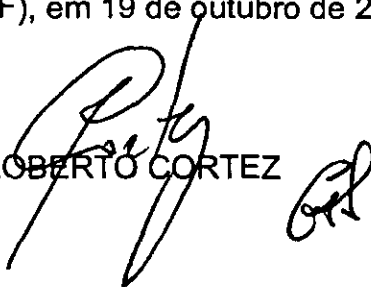
PROCESSO Nº. : 19740.000475/2004-01
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.806

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

Brasília (DF), em 19 de outubro de 2006

PAULO ROBERTO CORTEZ

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read 'Paulo Roberto Cortez', is written over the printed name. To the right of the main signature is a smaller, more compact handwritten mark.