



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA**

Processo n° 19740.000481/2004-50
Recurso n° 150061 Voluntário
Matéria IRPJ e OUTROS - Ex: 2000
Acórdão n° 107-09.020
Sessão de 23 de maio de 2007
Recorrente BANCO PROSPER S.A.
Recorrida 3^a TURMA/DRJ - RIO DE JANEIRO/RJ I

DESPESAS DESNECESSÁRIAS – OPERAÇÕES COM OPÇÕES FLEXÍVEIS DE DÓLARES. A existência de indícios de irregularidade numa modalidade de operação financeira, por si só não configura, como no presente caso, infração tributária, por não ser esse motivo suficiente para descharacterizá-la, fato que, como consequência, também não admitiria o juízo de valor firmado pela fiscalização quanto à sua desnecessidade, mesmo porque se trata de instituição financeira que opera regular e basicamente no mercado de investimentos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por, BANCO PROSPER S.A.

ACORDAM os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Albertina Silva Santos de Lima, Jayme Juarez Grotto e Marcos Vinicius Neder de Lima, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

stew
MARCOSS VINICIUS NEDER DE LIMA
Presidente

Hugues
FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ
Relator *ad hoc*

17 MAR 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Luiz Martins Valero, Natanael Martins, Hugo Correia Sotero, Carlos Alberto Gonçalves Nunes e Renata Sucupira Duarte (relatora original).

Relatório

O Banco Prosper S/A teve contra si lavrados autos de infração pela Delegacia da Receita Federal – DRF/DIF no Rio de Janeiro - RJ, nos quais foram lançados créditos tributários de Imposto de Renda Pessoa Jurídica no valor de R\$ 3.460.396,17 e da Contribuição Social no valor de R\$ 1.026.579,39, ambos acrescidos da multa de ofício à razão de 75% e dos juros de mora calculados com a aplicação da taxa SELIC, totalizando o lançamento no montante R\$11.589.409,15.

Conforme consta na descrição dos fatos no “Termo de Verificação Fiscal” (fls. 299 e seguintes), verificara-se ter havido operações flexíveis de dólar que teriam resultado na remessa de divisas para o exterior, sem que tais operações tivessem respeitado as normas tributárias que regulamentam a dedutibilidade das despesas para fins de apuração dos tributos devidos, ensejando a redução indevida do Lucro Real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.

Os Autos de Infração (fls. 334/340), dos quais o contribuinte tomou ciência em 22/12/2004, tinham como fundamento a apuração de “custos, despesas e encargos não necessários” no período de 31/12/1999, que teriam infringido os artigos 249, inciso I, 251 e parágrafo único, 299 e 300 do RIR/99, no caso do IRPJ, e o art. 2º e parágrafos da Lei nº 7.689/88, o art. 1º da Lei nº 9.316/96, o art.28 da Lei nº 9.430/96, o art. 7º da Medida Provisória nº 1807/99 e reedições, e o art. 6º da Medida Provisória nº 1.858/99 e reedições, quanto à CSLL.

Conforme relato da fiscalização, o Banco Prosper S.A (no Brasil) teria efetuado, no ano-calendário 1999, operações financeiras que teriam resultado na remessa de R\$12.457.469,61 para a agência do Banco Prosper em Nassau, nas Bahamas.

Tais remessas seriam decorrentes de suas operações de venda de opções flexíveis de dólar, realizadas no Brasil e registradas na Bolsa de Mercadoria & Futuros – BM&F, em que aquele Banco, no Brasil, estaria obrigado a vender para sua agência, em Nassau, quantia equivalente a US\$11,000,000 a uma taxa pré-definida.

De acordo com as declarações prestadas pelo Banco Prosper S.A., no Brasil, as opções flexíveis de dólar teriam o objetivo de transferir para sua agência, em Nassau, o risco cambial de uma operação de arbitragem.

Em correspondência de 06/07/2004, o Banco, no Brasil, afirma que sua agência em Nassau teria identificado no mercado financeiro a oportunidade de efetuar uma operação de arbitragem, em decorrência da diferença entre a relação dólar & real na BM&F.

Tal operação de arbitragem teria sido realizada da seguinte forma: a agência de Nassau teria comprado em seu próprio nome contratos de futuro de real na Bolsa de Chicago a um determinado valor, e o Banco, no Brasil, teria comprado contratos de dólar futuro na BM&F. Essa operação representaria uma arbitragem pela oportunidade de comprar dólares no Brasil por um determinado valor e revender essa moeda no mercado americano por um valor acima do preço de compra.

Nas palavras do Banco Prosper S.A., sua agência no Brasil, nas operações de venda de opções flexíveis de dólares aqui realizadas, estaria obrigado a vendê-los para sua própria agência em Nassau, e que a quantidade acertada estaria diretamente relacionada com a operação de arbitragem, servindo como instrumento financeiro que permitiria transferir para a agência em Nassau o “risco cambial da operação”.

Caso o resultado dos contratos de compra futura de dólares no Brasil gerasse perdas, as operações com opções flexíveis justificariam a entrada de recursos originários da agência em Nassau. Do contrário, o lucro dos contratos futuros de dólar no Brasil seria remetido para a agência em Nassau, fundamentado nas perdas oriundas das operações com opções flexíveis de dólar.

Todas as operações financeiras mencionadas foram objeto de fiscalização pela Secretaria da Receita Federal, devidamente amparada por Mandado de Procedimento Fiscal.

Em relação às operações flexíveis de dólar que resultaram na remessa de divisas para o exterior, a autoridade de fiscalização teria verificado que as mesmas não teriam

respeitado as normas tributárias que regem a dedutibilidade das despesas para fins de apuração dos tributos devidos.

Diante destes fatos, a fiscalização teria formado a convicção de que o Banco Prosper S.A., no Brasil, teria cometido uma irregularidade na apuração do Lucro Real e na Base de Cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. Segundo conclusão constante do "Termo de Verificação Fiscal" lavrado pela fiscalização, os prejuízos decorrentes das operações de opções flexíveis de dólares realizadas entre o Banco e sua agência em Nassau não poderiam ser considerados na determinação do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.

A fiscalização fez constar no referido "Termo de Verificação Fiscal" uma espécie de glossário contendo os conceitos que seriam fundamentais para a melhor compreensão da matéria sob exame. Seriam eles:

- a) Mercado de Derivativos – opera com ativos cujo preço deriva do mercado à vista. Um valor mobiliário negociado no mercado à vista poderia dar origem a um outro papel ou contrato no Mercado de Derivativos, como uma opção de compra desse mesmo mobiliário;
- b) Mercado de Futuros – as partes contratantes de uma operação assumem compromissos de compra ou venda de determinado ativo, para liquidação física ou financeira, em data futura. Tem como peculiaridade o ajuste diário do valor dos contratos - que constituem ganhos ou perdas para os contratantes - em decorrência da variação do preço do ativo relacionado com o contrato. Objetiva a proteção contra as oscilações dos preços dos produtos das pessoas jurídicas. Os ajustes diários permitem que, ao final do tempo contratualmente previsto, os contratantes mantenham seus resultados em função do preço pré-determinado no início do contrato, já que as perdas ocorridas em função da queda do preço são compensadas pelo recebimento de ajustes diários. E caso suba o preço no mercado, a margem de lucro será a mesma, porque o contratante teria sido obrigado a pagar ajustes diários.

Em síntese, a autuação fundamentou-se no entendimento de que as perdas incorridas em operações de opções flexíveis de venda de dólares norte-americanos - realizadas pela recorrente em 1999, nas quais sua agência em Nassau, nas Bahamas, foi contraparte – seriam despesas desnecessárias e, por conseguinte, indedutíveis do lucro líquido para fins de

apuração do Lucro Real, e também para fins de apuração da base de cálculo da CSLL, segundo o disposto no art. 299 do RIR/99.

A contribuinte interpôs impugnação, alegando que:

- I - a fiscalização partiu da falsa premissa de que o verdadeiro objetivo da empresa teria sido criar despesa e transferir lucros;
- II - era necessário que as compras de dólar no Brasil fossem conjugadas com as vendas reais no exterior, o que foi feito por intermédio de contratos de opções flexíveis, que seriam indispensáveis às operações de arbitragem, decorrendo daí despesas necessárias;
- III - é improcedente a alegação do Termo de Verificação de que as despesas seriam desnecessárias pela inexistência do risco;
- IV - à época da ocorrência dos fatos persistia a incerteza quanto à manutenção da política cambial;
- V - as operações foram realizadas na Bolsa de Chicago com transparência; e que os ganhos obtidos com a compra de dólares foram compensados com as perdas verificadas nas opções flexíveis de dólares;
- VI - a fiscalização somente teria considerado como válidas as operações que resultaram em lucro, descartando as que resultaram em perda;
- VII - os lançamentos foram efetuados com fundamento em simples presunções não autorizadas em lei;
- VIII - a contribuinte prestou esclarecimentos e declarações, cabendo à fiscalização provar a sua inexatidão;
- IX - a jurisprudência entende ser ilegal o lançamento baseado em presunção, sem apresentação de qualquer prova ou indício;
- X - as operações de arbitragem produziram os efeitos que lhe são próprios, tendo a liquidação ocorrido por diferença;
- XI - a fiscalização contrariou os artigos 109 e 110 do CTN ao não considerar como dedutíveis as despesas;
- XII - a fiscalização cita pareceres normativos que tratam de matéria diversa da em discussão, e que aumentos de capital envolvem estratégias operacionais das empresas, não se situando na competência da fiscalização sugerir modalidades de operações;

XIII - por fim, propõe ser incabível a exigência de juros de mora com base na taxa SELIC, requerendo a improcedência dos autos de infração.

A DRJ/RIO DE JANEIRO I, pela sua 3^a Turma, apreciando o processo, decidiu, através do Acórdão DRJ/RJOI nº 8.054, de 14/07/2005 (fls. 429/438), por unanimidade, considerar procedente o lançamento. Sustentou no feito, em síntese, que a operação de opções flexíveis representa instrumento de transferência do risco cambial da agência localizada em Nassau, concluindo assim que os gastos com tal operação não são necessários e essenciais à operação de arbitragem, bem como à exploração normal da atividade da contribuinte, fatos que, com base no art. 299 do RIR/1999, justifica a glosa em questão.

Desse modo, considerou desnecessárias as despesas decorrentes das operações de opções flexíveis de dólares, mantendo o lançamento do IRPJ e da CSLL. Da mesma forma, rejeitou os argumentos trazidos quanto à inaplicabilidade da taxa SELIC no cálculo dos juros, considerando que tal procedimento está previsto em Lei, não competindo à DRJ declarar ou reconhecer eventual constitucionalidade de dispositivo legal, ementando sua decisão nos seguintes termos:

“DESPESAS NÃO NECESSÁRIAS. OPERAÇÕES COM OPÇÕES FLEXÍVEIS DE DÓLAR. Somente são admissíveis como dedutíveis despesas que preencham os requisitos de necessidade, normalidade e usualidade.”

Inconformada, a contribuinte apresentou tempestivamente Recurso Voluntário a este Conselho de Contribuintes em 19 de setembro de 2005, arrolando bens de valor equivalente a trinta por cento da exigência fiscal.

Alegou a recorrente que a DRJ não teria examinado sequer um dos argumentos expostos na Impugnação, tendo se limitado em contradizê-los sem qualquer justificativa ou com justificativa imprópria. Aduz, ainda, que a decisão *a quo*, em suma, repetiu o que fora alegado na fase impugnatória, enfatizando que o grupo econômico como um todo não teria levado qualquer vantagem fiscal, porquanto os ganhos obtidos com a compra de dólares a futuro (oferecidos à tributação como resultados positivos no País) foram compensados com as perdas verificadas nas opções flexíveis (deduzidas na tributação no País),

ao passo que os resultados no exterior com as opções teriam compensado as perdas que incorreria nas compras a futuro de reais.

Ressaltou que o efeito líquido dessas operações (não consideradas outras despesas efetuadas) é praticamente zero.

Aduziu que as despesas realizadas com as opções flexíveis foram necessárias para a configuração das operações de arbitragem e que, à época, não havia certeza de que o dólar iria se valorizar em relação ao real.

Acrescentou que a fiscalização considerou válida apenas a operação de arbitragem da qual resultou lucro para a recorrente, descartando as duas outras que teriam resultado em perdas, não sendo lícito esse procedimento fiscal que desconsiderou os contratos que motivaram perdas e manteve como válidos apenas os contratos que geraram lucros.

Atacou a decisão recorrida nos seguintes pontos:

(a) que a Turma julgadora deveria ter verificado que os outros três casos apontados no Termo de Verificação Fiscal se referiam a operações realizadas em julho, agosto e novembro de 1999, portanto decorridos mais de seis meses após as operações que deram origem ao Auto de Infração, quando já ocorreria substancial desvalorização do real e já fora alterada a política cambial;

(b) que os julgadores não teriam entendido as operações praticadas, sendo imperioso o exercício das opções na hipótese de desvalorização do real;

(c) que a fiscalização teria se valido de presunção para fazer o lançamento, criando uma história fantasiosa, contrária à realidade dos fatos, e que, com base unicamente nessa história fantasiosa, resolveria glosar as perdas verificadas;

(d) que a Turma Julgadora de primeiro grau não poderia pretender impedir a compensação de ganhos obtidos com a compra de dólares na BM&F com as perdas nas opções flexíveis, pois isso não teria qualquer base legal, sendo de rigor a dedutibilidade das despesas com as opções flexíveis, com base no art. 299, § 1º, do RIR/99;

(e) que a fiscalização descharacterizou as despesas a que deram origem ao terceiro contrato registrado na BM&F, infringindo, portanto, os artigos 109 e 110 do CTN;

(f) que ao contrário do que constou no acórdão recorrido, o Auto de Infração foi assentado nos pareceres normativos CST 46, 28 e 32, que tratam de simulação, hipótese que jamais teria ocorrido no caso em análise, e

(g) que o acórdão do STF trazido a confronto para justificar a cobrança da taxa SELIC não poderia prevalecer, por não tratar dessa matéria e sim da proibição da cobrança de juros reais a taxas superiores a 12%.

Finaliza requerendo o provimento do Recurso e a consequente reforma da decisão proferida pela 3^a Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro – RJ I.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ. Relator *ad hoc.*

O recurso foi conhecido por ser tempestivo e por atender aos requisitos legais de admissibilidade

O foco da questão comprehende, basicamente, a análise da dedução de despesas quanto à sua necessidade e essencialidade para o desenvolvimento das atividades normais da recorrente, para efeito da apuração da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, ou seja, se as mesmas poderiam ser ou não consideradas dedutíveis no exercício fiscal de 2000, relativamente a fatos ocorridos no ano-calendário encerrado em 31/12/1999.

No entendimento da relatora ora representada *ad hoc*, da análise do processo verifica-se presentes indícios que poderiam ser considerados suficientes para descharacterizar a operação denominada pela Recorrente como sendo de “arbitragem”, a qual, por definição, não poderia ser efetuada entre pessoas jurídicas de mesma titularidade, cuja operação, no caso sob análise, fora efetuada entre agências do mesmo Banco, no Brasil e no exterior, esta localizada na cidade de Nassau, nas Bahamas, pois esse procedimento possibilitaria o desaparecimento do elemento essencial dessa modalidade de operação, presente na sujeição às oscilações do mercado.

Ressalta aquela relatora originalmente designada que o tratamento de tributação universal no período vigorava quando da ocorrência dos fatos objeto deste processo, mas que os eventuais prejuízos auferidos por estabelecimento da autuada no exterior não poderiam ser por ela aproveitados no Brasil; sendo essa a motivação que resultou no entendimento fiscal de que a operação devesse ser considerada como desnecessária.

Entretanto, seria de se concluir, ainda de acordo com aquela relatora, que a existência de fortes indícios de irregularidade numa modalidade de operação financeira não

configuraria, como no presente caso, infração tributária, por não ser suficiente para descharacterizá-la como tal. Conseqüentemente, não poderia ser admitido o juízo de valor firmado pela fiscalização quanto à sua desnecessidade, já que se trata de uma instituição financeira que opera basicamente no mercado de investimentos, ou seja, caso não restasse descharacterizada a operação de arbitragem seria muito difícil não admitir a dedutibilidade pleiteada, apenas sob o questionado fundamento da sua desnecessidade, para efeito da apuração da base de cálculo os dois tributos em causa.

Entendeu aquela relatora, para finalizar, que a fiscalização, no curso da ação fiscal, deveria ter oficiado o Banco Central do Brasil, órgão responsável pela regulamentação, controle e fiscalização dessas operações, para que verificasse sua real ocorrência como sendo de arbitragem, bem como sua regularidade, à luz das normas que regulam essa modalidade de investimento, possibilitando assim que este Colegiado, no seu julgamento, se limitasse à apreciação da necessidade e essencialidade da dedução pleiteada.

Por esses fundamentos, a condução do voto foi no sentido de dar provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, 23 de maio de 2007.


FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QUEIROZ

Relator *ad hoc*