



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 19740.000482/2004-02
Recurso nº. : 153.892 – EX OFFICIO e VOLUNTÁRIO
Matéria : IRPJ E OUTRO – Ex: 2000
Recorrentes : 6ª TURMA/DRJ NO RIO DE JANEIRO – RJI e SANTANDER BANESPA
COMPANHIA DE ARRENDAMENTO MERCANTIL
Sessão de : 07 de dezembro de 2006
Acórdão nº : 101-95.916

IRPJ – GLOSA DE PREJUÍZO NA ALIENAÇÃO DE TÍTULOS – A glosa de prejuízos apurados por instituição financeira na alienação de títulos a instituição financeira controlada, deve se fundamentar na prova de que a alienação se deu por valor inferior ao de mercado e que dela se beneficiou indevidamente a vendedora. O fato de a controlada ter alienado os títulos, na mesma data, por valor maior, obtendo lucro, por si só, não é prova bastante da artificialidade da operação. Além disso, a comprovação de negociação de títulos nas mesmas datas onde a instituição apurou ganhos em alguns e perdas em outros, não justifica a glosa unicamente das perdas apuradas, sem considerar os lucros obtidos nas mesmas operações com a mesma pessoa ligada.

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 pela 6ª TURMA DE JULGAMENTO DA DRJ NO RIO DE JANEIRO – RJI e SANTANDER BANESPA COMPANHIA DE ARRENDAMENTO MERCANTIL.

PROCESSO Nº. : 19740.000482/2004-02
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.916

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



MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



PAULO ROBERTO CORTEZ
RELATOR

FORMALIZADO EM: 08 MAR 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, CAIO MARCOS CÂNDIDO, VALMIR SANDRI, SANDRA MARIA FARONI e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR. Ausente o Conselheiro JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR.

PROCESSO Nº. : 19740.000482/2004-02
ACÓRDÃO Nº. : 101-95.916

Recurso nº. : 153.892 – EX OFFICIO e VOLUNTÁRIO
Recorrentes : 6ª TURMA/DRJ NO RIO DE JANEIRO – RJ e SANTANDER BANESPA
COMPANHIA DE ARRENDAMENTO MERCANTIL

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de recurso ex officio interposto pela 6ª TURMA DE JULGAMENTO DA DRJ NO RIO DE JANEIRO – RJ e recurso voluntário de SANTANDER BANESPA COMPANHIA DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (fls. 524/566), contra a decisão proferida no Acórdão nº 12-10.915, de 13/09/2006 (fls. 487/514), que julgou parcialmente procedente o lançamento consubstanciado nos autos de infração de IRPJ, fls. 332 e CSLL, fls. 336.

Consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 306/317), as seguintes irregularidades fiscais, em resumo:

1 – Despesas Desnecessárias – Produtos WAVE

o Banco Bozano Simonsen S/A criou um produto financeiro, denominado WAVE, por meio do qual o cliente adquiria o direito de contratar de um "swap" com data de início e vencimento determinados.

O produto Wave foi utilizado como instrumento de transferência de resultados para o Banco e, conseqüentemente, a geração de despesas que não podem ser consideradas necessárias ou usuais, para efeito de dedutibilidade do IRPJ. Em 25/03/1999, 29/03/1999, 27/04/1999, 30/04/1999 e 25/05/1999, foram efetuados resgates utilizando diversos preços unitários (P.U.), e constatado a prática de PU diferenciados quando os resgates eram realizados com empresa do Grupo Bozano Simonsen, conforme segue:

No dia 25/03/1999 ocorreram 70 resgates, sendo um, com o menor P.U., no valor de R\$ 221,91, utilizado para resgate da empresa fiscalizada, gerando um prejuízo de R\$ 29.186,00, porém, em 55 resgates de diversos clientes, o PU praticado foi o padrão de R\$ 236,56. Portanto, caracterizando a prática de preços diferenciados com empresa do grupo.

No dia 29/03/1999, ocorreram 112 resgates, os menores PU foram respectivamente R\$ 217,38, R\$224,45, R\$ 227,05 e R\$ 228,05, utilizados integralmente em 19 regates de um total de 24 da empresa fiscalizada, gerando um prejuízo de R\$

10.061.284,59. Contudo, 76 dos 88 resgates para diversos clientes, o PU padrão praticado foi de R\$ 237,14.

Em 27/04/1999, ocorreram 64 resgates. Entretanto, após análise constatamos que 50 resgates foram realizados com clientes diversos e 8 com a fiscalizada, sendo o PU utilizado de R\$ 241,93. Entretanto, dentre os outros 6 resgates encontramos mais um da fiscalizada com o preço unitário de R\$ 236,38, gerando prejuízo de R\$ 2.043.345,89.

Em 30/04/1999, ocorreram 138 resgates. Entretanto, 114 foram realizados com clientes diversos e 1 com a fiscalizada, sendo o PU padrão utilizado de R\$ 242,65. Entretanto, dentre os outros 23 resgates encontramos mais um da fiscalizada com o preço unitário praticado de R\$ 235,50, gerando prejuízo de R\$ 11.946.491,08.

Em 25/05/1999, ocorreram 76 resgates. Entretanto, 45 foram realizados com clientes diversos e 8 com a fiscalizada, sendo o PU padrão de R\$ 246,26. Entretanto, dentre os outros 22 resgates com diversos PU utilizados, encontramos um resgate da fiscalizada com o PU praticado de R\$ 236,93, gerando prejuízo de R\$ 10.092.097,69.

Referidos prejuízos são desproporcionais se comparados com os resgates no mesmo dia, praticados com outros clientes do Banco Bozano Simonsen, em desconformidade com as regras do mercado, caracterizando-se como não necessários para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa e para a manutenção da respectiva fonte produtora – condição de dedutibilidade de qualquer despesa para efeito de determinação do lucro real.

Logo, não se permite que os "prejuízos" sejam enquadráveis nas disposições do art. 299 do RIR/99 e, conseqüentemente, vedada a dedução de tais prejuízos.

As alegações apresentadas não são suficientes para justificar e impedir que referidas perdas deixem de ser consideradas indedutíveis. Dessa forma, foram adicionadas ao lucro líquido do exercício o valor de R\$ 34.172.405,25.

Das Operações com Fundos de Investimento no Exterior (FIEEX)

O Bozano Simonsen Ltd., detentor dos Eurobônus BOZ05, vendidos parcialmente em negociações privadas e sem participação de terceiros aos Fundos BS Golden FIEEX, BS Hedge FIEEX, BS Prime FIEEX e Emerging Markets FIEEX, administrados pelo Banco Bozano Simonsen S/A.

As despesas oriundas de operações realizadas entre a fiscalizada (Santander Leasing S/A Arrendamento Mercantil) e cotas do Fundo Golden FIEEX, se deram por mera liberalidade por parte da fiscalizada.

A fiscalizada, em 25/02/1999, adquiriu a totalidade das quotas (32.760.183.433) de Meridional Leasing S/A Arrendamento Mercantil, pelo valor unitário de cota R\$ 9,9461.

No dia seguinte, 26/02/1999, revende para Meridional Leasing S/A, pelo valor de cota R\$ 10,3355, perfazendo resultado positivo de R\$ 12.756.563,16.

Em 19/03/1999, recompra de Meridional Leasing a totalidade das cotas, agora pelo valor unitário de cota R\$ 10,5968, e assim permanecendo até 30/03/1999, quando solicita resgate total.

Em 26/03/1999, efetuou day-trade comprando e revendendo para o Banco Bozano Simonsen, apurando a fiscalizada resultado positivo de R\$ 64.371.311,58, em razão de ter adquirido pela cota de R\$ 6,4608 e vendido por R\$ 8,4257.

Em 30/03/1999, as cotas adquiridas em 19/03/1999 são resgatadas do Fundo Golden Fiex pelo valor unitário da cota de R\$ 5,7403, totalizando R\$ 188.054.368,78, apurando nesta operação, resultado negativo da ordem de R\$ 159.097.970,61.

Em atendimento à intimação, a fiscalizada alegou que o prejuízo em 30/03/1999 decorreu do resgate de 32.760.188.433 cotas junto ao fundo BS Golden FIEEX. A cota utilizada (5,74033232) era a do referido fundo no dia 30/03/1999. Anexou ainda, Relatório Histórico de Cotação do Fundo BS Golden FIEEX do mês de março de 1999.

A aplicação financeira que resultou em perda, não pode ser considerada normal e necessária, pois configura ato de mera liberalidade pelas peculiaridades, quando solicita resgate em 30/03/1999 do Fundo Fiex das cotas adquiridas em 19/03/1999, com deságio superior a 55% em apenas 11 dias. Assim, devem ser suportadas exclusivamente pela pessoa jurídica, sendo indedutíveis da apuração do lucro real.

A operação ocorrida em 30/03/1999, gerou resultado negativo da ordem de R\$ 159.097.970,61. Considerados os resultados positivos de 26/02/1999 e 26/03/1999 e compensados os resultados conforme demonstrado.

Em razão do prejuízo fiscal declarado no ano-calendário de 1999 no valor de R\$ 960.872,05, a matéria tributável absorverá o mesmo e utilizará o saldo remanescente de prejuízo fiscal de anos anteriores, limitado a 30%.

Inconformada, a interessada apresentou a impugnação de fls. 345/393.

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

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ



Exercício: 2000

LUCRO REAL. PREJUÍZO URDIDO EM OPERAÇÕES FINANCEIRAS. LIBERALIDADE.

O prejuízo que, na verdade, não ocorre, mas que é arranjado, buscado, almejado, que é fruto de operações urdidas, reduz ilicitamente o lucro líquido do exercício e, assim, não é dedutível na apuração do lucro real.

LANÇAMENTO. MULTA DE OFÍCIO. SUCESSÃO.

A multa de lançamento de ofício não se aplica à sucessora porque a sua responsabilidade, nos precisos termos do art. 133 do CTN, restringe-se aos tributos, e não se pode dar interpretação extensiva ao dispositivo para responsabilizá-la também pela penalidade, em face do disposto no art. 121, parágrafo único, do referido código.

CSLL

DECORRÊNCIA.

Ressalvados os casos especiais, os lançamentos reflexivos colhem a sorte daquele que lhes deu origem, na medida em que não há fatos ou argumentos novos a ensejar conclusões diversas.

Lançamento procedente em parte.

Nos termos da legislação em vigor, aquele Colegiado recorreu de ofício a este Conselho.

Ciente da decisão de primeira instância em 07/08/2006 (fls. 521) e com ela não se conformando, a contribuinte recorre a este Colegiado por meio do recurso voluntário apresentado em 06/09/2006 (fls. 524), alegando, em síntese, o seguinte:

- a) que o auto de infração é nulo, uma vez que representa reexame de período já fiscalizado, sem que tenha sido precedida da ordem expressa a que se refere o art. 906 do RIR/99;
- b) que já se operou a decadência do direito de a Administração Tributária efetuar o lançamento de ofício, porquanto os supostos fatos geradores se teriam passado nos meses de março, abril e maio de 1999, enquanto que o auto de infração somente foi recebido pela recorrente em 23/12/2004;

- c) que, de acordo com o quadro demonstrativo do valor das quotas apresentado, não é difícil verificar que, no dia 29.03.1999, no qual a fiscalização afirmou que a recorrente teve um prejuízo de R\$ 10.090.470,59, decorrente de operações com PU diferenciados (de 217,38 a 228,05) o que temos na realidade, é um lucro de R\$ 55.974.914,43. Já no dia 27.04.99, onde a fiscalização alega que a recorrente teve um prejuízo de R\$ 2.043.345,89, temos, na realidade, um lucro de R\$ 1.821.841,60, de forma que o resultado total no período abrangido pela fiscalização (março a maio de 1999) é um lucro de R\$ 43.545.667,63 e não um prejuízo total de R\$ 34.172.405,25, como afirma o TVF;
- d) que o lançamento revela distorção da prova dos autos, por foram considerados apenas os prejuízos e desprezados os lucros com operações idênticas, sem que ao menos tenha sido fornecida uma explicação ou justificativa convincente;
- e) que o próprio TVF e os demonstrativos comprovam que para as operações objeto de glosa, a fiscalização comparou os PU de aplicação com os PU de resgate, enquanto que para as demais operações, que supostamente serviriam de parâmetro comparativo, os demonstrativos que acompanham o termo fiscal contêm apenas os PU de resgate, mas não os de aplicação, tornando impossível saber se os outros clientes tiveram lucro ou prejuízo com as referidas operações;
- f) que os ativos que determinada empresa possuía anteriormente e que foram comprados com um valor X não podem ter, por óbvio, o mesmo custo daqueles que foram adquiridos em data posterior por um valor Y, devendo o fisco considerar o custo de aquisição e o estoque anterior para fins de determinação do resultado positivo ou negativo da operação;
- g) que o trabalho fiscal foi "pinçar" alguns PU de resgate e confrontá-los com os PU de aplicação da recorrente e com os demais PU de resgate praticados com outros clientes do

banco, sem estar atenta para o resultado efetivo das operações. Não bastasse, o que se chamou impropriamente de “resgate”, trata-se na verdade da venda de um lote de opções determinado que foram anteriormente adquiridas do lançador por um preço de aquisição variável, de acordo com condições de mercado vigentes no dia em que os ativos foram comprados;

- h) que não poderia o acórdão ter ignorado a realidade dos fatos e os argumentos da recorrente, demonstrando que é normal para qualquer instituição financeira realizar operações especulativas, sendo certo que o apreçamento dos derivativos, como é o caso das opções de *swap*, obedece a critérios dos mais variados, que vão desde a data do início, data de vencimento, prêmio, ativos subjacentes e outros elementos estruturais do derivativo, chegando até a uma necessidade imediata de caixa, que justifique o desfazimento de uma posição com deságio para honrar compromissos ou mudar o perfil dos investimentos, o que costuma ocorrer em momento de crise, como foi o primeiro trimestre de 1999;
- i) que a tabela apresentada mostra que nos mesmos dias onde foram questionadas as operações WAVE realizadas pela recorrente, houve várias negociações de opções de dólar com vencimentos e preços de exercícios diversos, cujas variações entre os preços máximo e mínimo, no mesmo dia, foram superiores à variação entre os preços da recorrente (considerando todas as operações do dia) e o preço mínimo de todos os clientes do Banco Bozano, emissor das opções. Todas as informações constam no *site* da BM&F;
- j) que a recorrente possuía enorme volume de passivos em dólar americano, decorrentes de sua carteira de arrendamento de veículos importados, sendo evidente a necessidade de não permanecer inerte diante do quadro de enorme volatilidade do mercado, realizando inúmeras operações de desmonte de posições mesmo com margem de deságio, procurando

estabelecer uma estratégia de hedge global, que, aliás, resultou muitíssimo bem sucedida, tendo que apurou lucro e não prejuízo no período;

- k) que a glosa da despesa é carente de base legal, pois o artigo 249, X, do RIR/99, cuja matriz legal é a Lei n. 8.981/95, art. 76, § 4º, determina expressamente a adição ao lucro líquido apenas e tão-só das perdas apuradas em operações realizadas nos mercados de renda variável e de swap, que excederem os ganhos obtidos com as mesmas operações. Ou seja, se o resultado consolidado das operações de renda variável com opções de *swap* cambial foi positivo de R\$ 43.545.667,63 no período abrangido, não há qualquer valor a adicionar ao lucro líquido;

Das operações com Fundos de Investimentos no Exterior (FIEEX)

- l) que é impossível falar-se de ilicitude fiscal, seja porque o resgate das quotas ocorreu rigorosamente pelo valor de mercado do dia, como aliás, não se nega em momento algum, seja porque a alegação de que as despesas incorridas em aplicações em fundos de investimento no exterior – FIEEX – não seriam operacionais para uma empresa de arrendamento mercantil é ir de encontro à lei, à lógica e ao bom-senso, ignorando solenemente a realidade dos fatos, designadamente a necessidade que têm essas empresas de buscar mecanismos de hedge que lhes possibilitem obter proteção contra flutuações da moeda estrangeira;
- m) que é curioso que o acórdão recorrido, com muito acerto, reconhece expressamente o cenário de crise e de enorme volatilidade existente justamente na época em que as operações se passaram, a justificar plenamente a oscilação apontada, mas, ainda assim, mantém a glosa apenas e tão-somente porque os negócios jurídicos ocorreram entre empresas pertencentes a um mesmo grupo societário;
- n) que a normalidade, usualidade e habitualidade da despesa deve ser aferida de acordo com o tipo ou espécie de atividade

desenvolvida pela empresa e sua vinculação com a manutenção da fonte produtora, caracterizando-a como operacional;

- o) que ocorreu grave e insanável contradição que resulta do fato de que a mesma autoridade autuante, em outro auto de infração lavrado contra o Banco Santander (Processo nº 19740.000476/2004-01), envolvendo as quotas do esmo fundo, ter reconhecido a afirmado categoricamente que as quotas do fundo GOLDEN FIEX se desvalorizaram drasticamente no período objeto de questionamento, como consequência das turbulências no mercado externo e da queda de 33% no valor dos Eurobônus BOZ05 que compunham a carteira do fundo em um único dia (26/03/1999), anteriormente, portanto, ao resgate efetuado em 30.03.1999;
- p) que é incompreensível a razão pela qual a fiscalização, com o inexplicável aval da decisão recorrida, que sobre isso também nada quis dizer, escolheu a quota do dia 19.03.1999 para fins de comparação com a quota do resgate, ocorrido no dia 30.03.1999, a não ser pelo fato de esta ser a maior quota constante da planilha de fls. 02, uma vez que se o objetivo era aferir a normalidade da perda sofrida na aplicação financeira, deveria haver comparado a quota do dia 26.03.1999 (8,4527) com a quota do dia 30.03.1999 (5,7403), visto como as quotas foram transacionadas no dia 26.03.1999, sendo vendidas e novamente adquiridas pela recorrente neste dia, com lucro de R\$ 64.371.311,58, diga-se de passagem;
- q) que, é inquestionável que, para fins de comparação ou de aferição da normalidade da transação, deveria a autoridade autuante ter tomado por base o dia em que as quotas passaram a integrar a esfera jurídica de propriedade da recorrente pela última vez antes do resgate, ou seja, o dia 26.03.1999, pois se não for assim, poder-se-ia tomar como base de comparação qualquer outro dia no qual as quotas

tenham sido transacionadas, como, por exemplo, o dia 19.02.1999, no qual seu valor era de R\$ 137.584.604,16, substancialmente inferior aos R\$ 188.054.368,78 resgatados no dia 30.03.1999;

- r) que, tivesse o fisco agido de forma imparcial e aferido a perda efetiva incorrida na aplicação financeira comparando as quotas dos dias 26.03.1999 e do dia 30.03.1999, teria apurado um prejuízo efetivo de 31,87%, perfeitamente compatível, portanto, com a variação negativa de 33% dos Eurobônus BOZ05 que compunham a carteira do fundo, ocorrida no dia 26.03.999;
- s) que a esdrúxula comparação, feita de forma absolutamente aleatória entre a quota do dia 19.03.1999 e a do dia 30.03.1999, resume com perfeição o absurdo que resulta da alegação de ter havido uma "aplicação financeira desnecessária", uma vez que se a aplicação financeira fosse de fato desnecessária, o seria em qualquer data na qual tenha ocorrido investimento neste fundo, inclusive nas datas em que a - recorrente - comprou e vendeu as quotas respectivas auferindo expressivos lucros, e não apenas no dia em que ocorreu de seu resgate;
- t) que, a prevalecer a tortuosa linha de raciocínio da fiscalização, se o prejuízo experimentado no resgate é indedutível, pela mesma razão os lucros auferidos anteriormente seriam não tributáveis, uma vez que não se pode desconsiderar de forma parcial e estanque os resultados da recorrente, não apenas por questão de coerência lógica, mas sobretudo em homenagem ao princípio da universalidade da tributação das rendas das pessoas jurídicas e da verdade material;
- u) que, no caso presente, além de ser natural que uma empresa de arrendamento mercantil investisse em ativo vinculado ao dólar, como forma de obter proteção (hedge) contra variações da moeda estrangeira, tem-se ainda que o BACEN, através da Circular nº 2.877 de 17/03/1999, vedou às instituições

financeiras, dentre elas as empresas de leasing, direta ou indiretamente, a aplicação nos fundos FIEEX, conferindo prazo de 15 dias para o resgate de 50% da aplicação, devendo o restante retornar no prazo máximo de 30 dias;

- v) que as perdas e os lucros experimentados são plenamente operacionais e vinculados à atividade das empresas envolvidas, e também porque as quotas foram negociadas e resgatadas rigorosamente pelo seu valor de mercado, como aliás, a fiscalização, nem a decisão recorrida conseguiram negar.

Às fls. 586, 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.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro PAULO ROBERTO CORTEZ, Relator

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

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

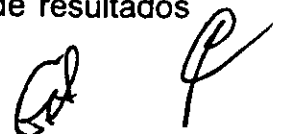
Supero a preliminar de nulidade da decisão de primeiro grau, em função do voto que vou proferir, no mérito.

Quanto ao mérito, como visto do relatório, a exigência constante no auto de infração é decorrente da glosa de despesas desnecessárias ocorridas das seguintes situações:

- a) negociações com opções de swap cambial série WAVE; e
- b) resgate de "aplicações financeiras desnecessárias"(sic) em quotas de fundos de investimento no exterior (FIEX), por preços supostamente artificiais.

1 - INVESTIMENTOS EM OPÇÕES DE SWAP CAMBIAL

A acusação fiscal informa que o Banco Bozano Simonsen S/A criou um produto financeiro, denominado WAVE, por meio do qual o cliente adquiria o direito de contratar de um "swap" com data de início e vencimento determinados e que o produto Wave foi utilizado como instrumento de transferência de resultados



para o Banco e, conseqüentemente, a geração de despesas que não podem ser consideradas necessárias ou usuais, para efeito de dedutibilidade do IRPJ.

Deve ser ressaltado, inicialmente, que, de acordo com o quadro demonstrativo do valor das quotas apresentado, constata-se que no dia 29/03/1999, no qual a fiscalização afirmou que a recorrente teve um prejuízo de R\$ 10.090.470,59, decorrente de operações com PU diferenciados (de 217,38 a 228,05) ocorreu na realidade, um lucro de R\$ 55.974.914,43. No dia 27/04/99, onde a fiscalização destaca que a recorrente teve um prejuízo de R\$ 2.043.345,89, também foi apurado lucro, no valor de R\$ 1.821.841,60. O resultado total no período abrangido pela fiscalização (março a maio de 1999) foi de lucro de R\$ 43.545.667,63 e não um prejuízo total de R\$ 34.172.405,25, como afirma o TVF.

O enquadramento legal do lançamento foi com base nos artigos 249, I, 251 e parágrafo único, 299 e 300 do RIR/99, *verbis*:

Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração:

I – os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real

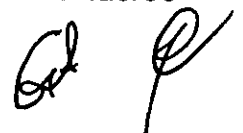
Art. 251. A pessoa jurídica sujeita à tributação com base no lucro real deve manter escrituração com observância das leis comerciais e fiscais.

Parágrafo único. A escrituração deverá abranger todas as operações do contribuinte, os resultados apurados em suas atividades no território nacional, bem como os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior.

Art. 299. São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.

Art. 300. Aplicam-se aos custos e despesas operacionais as disposições sobre dedutibilidade de rendimentos pagos a terceiros.

Porém, no caso sob exame, o lançamento revela distorção da prova documental constante dos autos, pois a fiscalização considerou tão somente os prejuízos apurados pelo recorrente, tendo sido desprezados todos os lucros



apurados com operações idênticas, com a mesma contraparte e nas mesmas datas em que ocorreu a glosa que deu origem a presente lide, sem que ao menos tenha sido explicitado qualquer justificativa a respeito.

Outrossim, o próprio TVF e os demonstrativos comprovam que para as operações objeto de glosa, a fiscalização comparou os PU de aplicação com os PU de resgate, enquanto que para as demais operações, que supostamente serviriam de parâmetro comparativo, os demonstrativos que acompanham o termo fiscal contêm apenas os PU de resgate, mas não os de aplicação, tornando impossível saber se os outros clientes tiveram lucro ou prejuízo com as referidas operações.

No caso, como bem demonstrado nas planilhas em anexo, o trabalho fiscal foi "pinçar" alguns PU de resgate e confrontá-los com os PU de aplicação da recorrente e com os demais PU de resgate praticados com outros clientes do banco, sem atentar para o resultado efetivo das operações. Além disso, a tabela apresentada mostra que nos mesmos dias onde foram questionadas as operações wave realizadas pela recorrente, houve várias negociações de opções de dólar com vencimentos e preços de exercícios diversos, cujas variações entre os preços máximo e mínimo, no mesmo dia, foram superiores à variação entre os preços da recorrente (considerando todas as operações do dia) e o preço mínimo de todos os clientes do Banco Bozano, emissor das opções.

Nessas condições, não ficou comprovado nos autos que efetivamente ocorreu transações fora de preço, ou ainda, que o preço praticado não obedeceu às condições de mercado em relação aos negócios praticados com a pessoa ligada. Além disso, o trabalho fiscal foi levado a efeito de forma segregada, tendo ignorado os resultados positivos auferidos pela recorrente com a mesma pessoa jurídica ligada, nos mesmos dias e em operações idênticas, levando em conta apenas as perdas apuradas. Outrossim, constam dos autos, que os resultados dessas operações durante o período abrangido pela fiscalização, foi favorável, ou seja, a recorrente apurou resultado positivo nas transações.

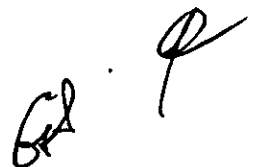
Nesse sentido, cabe destacar a decisão proferida pela colenda 8ª Câmara deste Primeiro Conselho de Contribuintes e que se ajusta perfeitamente à presente hipótese. Diz a ementa do mencionado julgado que:

IRPJ – PREJUÍZO NA ALIENAÇÃO DE TÍTULOS – A glosa de prejuízos apurados por instituição financeira na alienação de títulos a outra instituição financeira, sua controlada, deve se fundamentar na prova de que a alienação se deu por valor inferior ao de mercado e que dela se beneficiou indevidamente a vendedora. O fato de a controlada ter alienado os títulos, na mesma data, por valor maior, obtendo lucro, por si só, não é prova bastante da artificialidade da operação. (Acórdão nº 108-06078, Sessão de 12/04/2000)

Como visto acima, a existência de preços melhores ou piores em negócios realizados com outras contrapartes não é, por si só, bastante para comprovar qualquer artificialismo na operação, sendo necessário demonstrar de que forma isto teria beneficiado ou prejudicado as empresas do mesmo grupo, bem assim a artificialidade dos preços praticados vis-à-vis os critérios objetivos de aferição de sua normalidade objetiva.

Assim, tendo em vista que o lançamento limitou-se a “pinçar” alguns PU's de resgate e confrontá-los com os PU's de aplicação da contribuinte e com os demais PU's de resgate praticados com outros clientes do banco, sem atentar para o resultado efetivo das operações, fica evidente que o mesmo não tem amparo na legislação que rege a forma de apuração de ganhos e perdas das instituições financeiras nos mercados de renda variável.

Se mais não bastasse, tem-se ainda que a glosa da despesa mediante a adição da suposta perda desnecessária ao lucro real da contribuinte é carente de base legal, porquanto o artigo 249, inciso X do RIR/99, cuja matriz legal é a Lei nº. 8.981/95, artigo 76, § 4º, determina expressamente a adição ao lucro líquido apenas e tão-só das perdas apuradas em operações realizadas nos mercados de renda variável e de swap, que excederem os ganhos obtidos com as mesmas operações.



Assim, considerando-se que as operações eram lícitas e típicas, com o propósito de obter hedge para a carteira da instituição e ainda, que o resultado consolidado das operações de renda variável com opções de swap cambial foi positivo no período abrangido pela fiscalização, não há qualquer valor a adicionar ao lucro líquido, haja vista que os ganhos obtidos com as referidas operações foram superiores às perdas experimentadas e a lei determina a adição exclusivamente das perdas que superarem os ganhos da mesma espécie.

Nesse sentido, as decisões abaixo transcritas desta colenda 1ª Câmara não deixam dúvidas:

HEDGE – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – LIMITAÇÕES NA COMPENSAÇÃO DE PERDAS – INAPLICABILIDADE –
Restando configurado que a instituição financeira possuía diversas operações de renda variável indexadas em moedas estrangeiras, as suas operações com opções flexíveis de dólar devem ser entendidas no seu contexto operacional macro como hedge. Assim sendo, inaplicáveis as regras do Capítulo VI da Lei 8.981/95, bem como a limitação prevista no § 4º do artigo 76 do mesmo diploma legal. (Processo: 16327.002088/2003-11, Acórdão 101-95176, 1ª Câmara. Sessão de 12.09.2005)”

IRPJ – DESPESAS OPERACIONAIS. – DEDUTIBILIDADE. –
Na análise da dedutibilidade das despesas decorrentes de operações no mercado financeiro, o Fisco tem em conta as características desse investimento. Às perdas incorridas nas operações de cobertura, "hedge", inaplicável é a limitação de que cuida o § 4º do artigo 76 da Lei nº. 8.981, de 1985, o que torna evidente concluir que a perda incorrida nas operações de cobertura, é dedutível sem observância daquele limite. (v. acórdão nº. 101-94851, sessão de 23/02/2005)”

Concluindo, informa o recorrente que apurou lucro líquido de R\$ 84.956.000,00 no 1º semestre de 1999, e de R\$ 351.422.000,00 no exercício, sendo no primeiro trimestre o lucro foi de R\$ 34.846.846,28.

Nessas condições, não vejo como manter a exigência correspondente ao presente item.

2 - DO PEJUÍZO EM RAZÃO DO RESGATE DE QUOTAS DE INVESTIMENTO NO EXTERIOR (FIEIX)

Recentemente esta Primeira Câmara apreciou a mesma matéria ora exigida contra o recorrente. Naquela oportunidade, o lançamento fora constituído contra o Banco Santander S/A, conforme o Processo nº 19740.000.475/2004-01, Recurso nº 151.160, tendo sido autuada a pessoa jurídica que transacionou na outra ponta dos negócios efetuados com o ora recorrente.

Por unanimidade, este Colegiado entendeu que as operações foram lícitas e os atos e fatos que deram causa ao presente item do auto de infração foram considerados normais. Por oportuno, tomo a liberdade de transcrever parte do voto condutor daquele julgado:

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 FIEIX e Golden FIEIX. 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 atuante (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 atuante, 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 atuante 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 valores 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 inexistente 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 FIEX e 98,09% da desvalorização total da carteira do Golden FIEX 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.

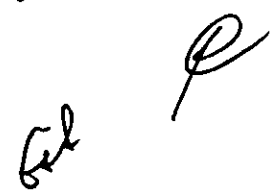
Como visto acima, a licitude e normalidade dos atos e fatos que deram causa a este item do auto de infração já foram confirmadas por esta Câmara



ao julgar o processo acima citado, no qual se afastou a suposta desnecessidade ou o caráter inusual de perdas experimentadas pelo Banco Santander S.A. em negociações day-trade envolvendo as mesmas quotas de fundos FLEX, travadas no dia 26.03.1999, quatro dias antes, portanto de seu resgate pela Recorrente, ocorrido em 30.03.1999, e que constitui objeto do presente processo.

Naquela ocasião este Colegiado confirmou a normalidade dos preços praticados e a ausência de artificialismo ou de qualquer planejamento fiscal, conforme os fatos a seguir:

- a) o valor de compra e de venda das quotas obedeceu às condições de mercado então vigentes, especialmente porque a própria Administração Tributária confirmou que os títulos BOZ05 que compunham as carteiras dos FLEX, sofreram drástica desvalorização de 33% apenas no dia 26.03.1999, influenciando negativamente as quotas dos fundos na mesma proporção;
- b) as quotas foram revendidas pelo Banco Santander ainda durante o movimento de queda, evitando um prejuízo que poderia ter sido significativamente superior, na medida em que, não só as quotas continuaram a se desvalorizar no decorrer do dia 26.03.1999, mas também evitou-se prejuízo adicional de 32,08% que seria apurado pela Recorrente no dia do resgate em 30.03.1999;
- c) a compra das quotas foi realizada de modo a dar cumprimento à Circular nº. 2.877, de 17.03.1999 do BACEN, editada em momento de grave crise cambial, e que veio a proibir, sem aviso prévio de qualquer espécie, as aplicações pelas instituições financeiras, direta ou indiretamente, nesses fundos, conferindo prazo de 15 dias para o resgate de 50% da aplicação, devendo o restante retornar no prazo máximo de 30 dias;
- d) não houve qualquer transferência de resultados (lucros ou perdas) para pessoa ligada, o que afasta o elemento subjetivo e até mesmo o propósito ou finalidade da suposta artificialidade, visto que, ao cabo das contas, ninguém foi beneficiado; e
- e) é legítima e usual a adoção de estratégias de hedge e o caráter operacional dos prejuízos com operações dessa natureza para as instituições financeiras.



O presente processo é, na verdade, uma mera decorrência dos mesmos fatos, na medida em que o lançamento repousa sobre o prejuízo sofrido pela Recorrente no resgate efetuado no dia 30.03.1999 das mesmas quotas de FLEX adquiridas do Banco Santander no dia 26.03.1999, quotas estas que sofreram desvalorização adicional de mais de 32% entre os dias 26.03.1999 e 30.03.1999, como já noticiado por ocasião do julgamento do processo nº. 19740.000.475/2004-01.

Em conseqüência, não pode ser aceito o fundamento da fiscalização no sentido de que teria havido uma aplicação financeira desnecessária e, conseqüentemente, da perda experimentada quando do resgate que lhe sucedeu.

A própria decisão de primeiro grau reconhece o cenário de crise e de volatilidade existente justamente na época em que as operações se passaram (o primeiro trimestre de 1999), suficiente para justificar a oscilação apontada, conforme o excerto abaixo extraído do voto condutor (fls. 508/509):

O mercado de títulos da dívida pública externa dos países chamados "emergentes", categoria na qual se classifica o Brasil, é, no jargão do mercado financeiro, volátil. Para os que não são afeitos ao mercado financeiro, volátil significa excessiva oscilação dos preços dos ativos num período curto de tempo. Em determinadas épocas a volatilidade dos ativos financeiros se exacerba. Uma dessas épocas compreendeu o primeiro trimestre de 1999, quando o Governo de Minas Gerais ameaçou declarar moratória e, em conseqüência, o regime cambial brasileiro, forçado pelos investidores, passou a ser o de câmbio flutuante. A volatilidade dos preços dos títulos da dívida dos emergentes então se excitou sobremaneira.

As operações enfocadas no presente processo ocorreram justamente naquela época e, portanto, os ganhos e perdas delas decorrentes poderiam ser considerados absolutamente normais, bastante típicos, aliás, dos períodos de turbulência do mercado financeiro, se as contrapartes envolvidas nas negociações não fossem todas elas integrantes do próprio conglomerado da interessada.

No presente caso também está devidamente caracterizada a normalidade dos preços praticados, não sendo cabível, portanto, a manutenção da exigência.

RECURSO EX OFFICIO

Em relação ao recurso *ex officio* interposto pela turma julgadora de primeiro grau, no que se refere à impossibilidade de cobrança da multa de lançamento de ofício, fica prejudicada sua análise, uma vez que o mérito é favorável ao contribuinte.

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 prejulgado na decisão do feito relativo ao tributo reflexo.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário e declarar prejudicada a apreciação do recurso *ex officio*.

Brasília (DF), em 07 de dezembro de 2006


PAULO ROBERTO CORTEZ 