



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo n° 19740.000492/2003-59
Recurso n° 157.936 Voluntário
Matéria IRPJ e OUTRO - EX.: 2000
Acórdão n° 105-17.257
Sessão de 15 de outubro de 2008
Recorrente INVESTSHOP - CORRETORA DE VALORES DE MOBILIÁRIOS E
CÂMBIO S/A
Recorrida 6ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1999

Ementa: GLOSA DE DESPESA OPERACIONAIS - AQUISIÇÃO DE OPÇÕES DE SWAP DE PARTE RELACIONADA - REVENDA À MESMA PARTE POR PREÇO IRRISÓRIO - A Comissão de Valores Mobiliários adotou medidas de restrição buscando impedir a realização de operações simuladas, em que os contratos de swap e opções de swap eram utilizados para transferir resultados entre empresas.. Dentre as medidas, implementou a necessidade de publicação das informações relativas às operações nos mercados derivativos, por meio de nota específica a ser publicada junto aos balanços mensais das instituições financeiras (circular 2.583/2005).

Na seara fiscal, o § 7º do art. 756 do RIR/99 determinou que “somente será admitido o reconhecimento de perdas em operações de swap registradas nos termos da legislação vigente”. Assim, se na execução de operação de swap devidamente registrada perante a Câmara de Liquidação e Custódia, firmada nos termos em que contratados, for verificada perda, é possível o registro do prejuízo para quem percebeu referida perda. Lado outro, se tiver havido ganho, o mesmo será tributado quando da liquidação do contrato.

Hipótese em que a Contribuinte adquiriu opções de swap de parte relacionada, com longo prazo de vencimento e revendeu à mesma parte por preço irrisório. Despesa de aquisição considerada, no caso concreto, não operacional, ainda que, em regra, a aquisição de opções de swap constitua objeto social da empresa.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



OSÉ CLÓVIS ALVES

Presidente



ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA

Relator

Formalizado em: 13 MAI 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WILSON FERNANDES GUIMARÃES, PAULO JACINTO DO NASCIMENTO, MARCOS RODRIGUES DE MELLO, LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA, WALDIR VEIGA ROCHA e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.

Relatório

Conforme se extrai do termo de verificação fiscal, a Recorrente Investshop - Corretora de Valores Mobiliários Ltda. e o Banco Bozano, Simonsen S/A, sucedido pelo Banco Santander S/A, pertenciam ao mesmo controlador, o Banco Meridional S/A.

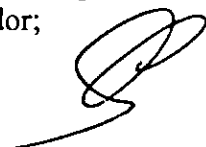
No dia 11 de agosto de 1999, a Recorrente adquiriu do Banco Bozano, Simonsen S/A 5.869,09526 contratos de opção de compra de swap, ao custo de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). No dia 26 de novembro de 1999, a Recorrente vendeu, para o mesmo Banco Bozano, Simonsen S/A, os mesmo 5.869,0526 contratos de opção de compra de swap cambial, ao custo de R\$ 1,00 (um real), impactando um prejuízo de R\$ 1.499.999,00 (um milhão, quatrocentos e noventa e nove mil, novecentos e noventa e nove reais) na formação da base tributável no ano calendário de 1999.

Na análise da operação, a Autoridade Fiscal glosou a despesa relativa à aquisição de referidos contratos de opção de swap, ao fundamento de que os mesmos decorreram de mera liberalidade da Recorrente, não podendo ser consideradas despesas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, determinando a revisão de sua escrita contábil com a exclusão de referido prejuízo.

Não tendo, mesmo após a glosa, sido verificado lucro tributável para fins de imposto de renda ou base positiva para os fins da contribuição social sobre o lucro líquido, deixou-se de aplicar qualquer penalidade adicional.

Em sede de impugnação, a Recorrente arguiu:

- 1) nulidade do auto de infração por impossibilidade de compreensão das causas que levaram à lavratura do auto de infração;
- 2) erro na capitulação legal invocada no auto de infração, posto que, tendo em vista seu objeto social, não poderiam as suas operações financeiras ser tratadas “na vala comum da Lei nº 4.506/64”;
- 3) no mérito, que o negócio se processou segundo o juízo de conveniência e oportunidade da empresa;
- 4) que não há nada de anormal em se desfazer de posição antecipadamente, como fez crer a Fiscalização (os contratos em referência tinham prazo de 16 anos);
- 5) que não haveria vantagem fiscal, posto que a Recorrente, mesmo após as glosas, apresentou prejuízo fiscal, sendo que o Banco Bozano, Simonsen S/A tinha base positiva de tributação;
- 6) não pode a Autoridade Fiscal desconsiderar os negócios lícitos praticados pelos contribuintes ao argumento de que o negócio serviria apenas para a “transferência de lucros para pessoa ligada”;
- 7) mesmo porque, a transferência de lucros seria impossível, posto que a Recorrente acumulava e continuou acumulando prejuízo após a glosa;
- 8) não existe prova de ilegalidade suficiente para a desconsideração do negócio realizado pela Recorrente;
- 9) o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional ainda não foi regulamentado, e MP 66, que pretendeu a sua regulamentação com o estabelecimento da norma geral anti-elisiva, foi rejeitada pelo Congresso Nacional;
- 10) as normas de verificação de prejuízo ordinariamente aplicáveis às empresas não alcança àquelas cujo objeto social seja operar no mercado financeiro, posto que a composição de ganhos e perdas é absolutamente curial neste tipo de atividade;
- 11) Caberia à fiscalização provar que a operação somente serviu para transferir lucro para o Banco Bozano, Simonsen S/A;
- 12) Que a Recorrente atua no mercado financeiro de acordo com critérios próprios e independentes do seu controlador ou de co-controladas do mesmo controlador;



- 13) Apresenta o método de apuração utilizado para a compra e para a venda de opções de compra entre a Recorrente e o Banco Bozano, Simonsen S/A;
- 14) Ofensa aos princípios da tipicidade tributária, segurança jurídica, proteção da confiança.

A impugnação foi julgada perante a DRJ do Rio de Janeiro, que manteve integralmente o lançamento, conforme a seguinte ementa:

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O atendimento aos preceitos que balizam o processo administrativo Fiscal, especialmente quanto ao amplo direito de defesa do contribuinte, afasta a hipótese de ocorrência de nulidade de procedimentos fiscais.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ
Ano-calendário: 1999

LUCRO REAL. PREJUÍZO ARTIFICIAL EM OPERAÇÕES FINANCEIRAS. LIBERALIDADE.

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

LANÇAMENTO DECORRENTE: CSLL.

Por decorrer dos mesmos motivos de fato e de direito, que levaram ao ajuste da base de cálculo do IRPJ, igual destino deverá ter o auto de infração relativo à CSLL

Inconformada, a Contribuinte recorreu para este Conselho de Contribuinte, alegado, em suma, os mesmos argumentos supra apresentados, acrescidos das seguintes considerações:

- A) não faz sentido tratar a operação como artificial, com intuito de criar prejuízo na Recorrente, se esta acumulou prejuízo de R\$ 1.882.828,51 (um milhão, oitocentos e oitenta e dois mil, oitocentos e vinte e oito reais e cinquenta e um centavos), sendo que o Banco Bozano, Simonsen S/A apresentou, no mesmo período, lucro líquido de R\$ 279.917.000,00 (duzentos e setenta e nove milhões, novecentos e dezessete mil reais);
- B) a perda do prêmio pago pela aquisição de uma opção não pode ser considerada despesa não-operacional, sendo que os alardes acerca da divergência dos preços de compra e venda das opções, com acúmulo de perdas de 99,99%, “tudo muito bombástico e aparentemente impressionante”, nada têm de especial, posto que “o desfazimento da posição contratada em opções acarreta necessariamente a perda do prêmio pago anteriormente, da mesma forma que o custo de aquisição da opção (prêmio) é necessariamente deduzido do ganho eventualmente obtido com sua posterior negociação ou exercício”;



- C) que “beira à ingenuidade” pretender a Fiscalização determinar quais valores deveriam ser utilizados pelos operadores de mercado para realização de suas operações;
- D) normalidade do negócio realizado e dos preços praticados, sendo que “ilações desguarnecidas de prova e construídas sobre conceitos etéreos como “influências externas”, e outros mais, devem, necessariamente, ceder diante de elementos concretos que apontem no sentido da licitude dos negócios questionados, tal como ocorre neste caso, em que o conjunto probatório dos autos confirma a legalidade de todos os procedimentos adotados pela Recorrente e a absoluta normalidade dos negócios realizados”;
- E) apresenta, por fim, como parâmetro, o posicionamento deste 1º Conselho de Contribuintes, que pacificou entendimento no sentido de serem indevidas as glosas por perdas em operações *day trade*, quando os negócios forem realizados por empresas operadoras no mercado financeiro.

Em suma, é este o relatório.

Voto

Conselheiro ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Preliminar de Nulidade

A Recorrente argui, em sede de preliminar a nulidade do auto de infração por não ter o mesmo indicado corretamente o dispositivo legal invocado que autorizaria a glosa de seus prejuízos, assim como por não ter restado evidente, no Termo de Verificação Fiscal, as razões que levaram à glosa do prejuízo decorrente da operação por ela realizada perante o Banco Bozano, Simonsen S/A.

No entanto, não vejo razão para o reconhecimento da nulidade.

Quanto à matéria de fato, não há controvérsia: a Autoridade Fiscal identificou, e a Recorrente reconheceu, que adquiriu contratos de opção de compra de swap cambial em agosto de 1999 do Banco Bozano, Simonsen S/A pela quantia de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e meio de reais) e revendeu os mesmo contratos para o mesmo Banco no mês de novembro, pelo valor de R\$1,00.

Por outro lado, a alegação de que o enquadramento legal não foi adequado acaba por se confundir com o mérito da própria questão posta em debate.

Identifico que houve a descrição fática, as razões da glosa do prejuízo, assim como capitulação legal que embasa referida glosa. Se as razões são suficientes para a promoção da glosa ou se o enquadramento legal permite referida recomposição no caso concreto é matéria a ser identificada junto com o mérito.

Afasto, assim, a preliminar de nulidade do auto de infração.



5

Mérito

De tudo o que identifiquei no auto de infração, o mesmo está afeto a uma condicionante: se o prejuízo apurado pela Recorrente for considerado como decorrente de uma operação regular, dentro da sua liberdade de ação e com atenção ao princípio da livre iniciativa do setor privado, garantido constitucionalmente, há de ser cancelada a glosa levada a feito pela Autoridade Fiscal; por outro lado, se a operação for considerada artificial, como mera liberalidade da Recorrente para a formação de um prejuízo, com transferência de lucro de uma empresa para outra, ambas pertencentes ao mesmo controlador, deverá ser mantida a glosa realizada pela fiscalização.

À época dos fatos, a questão era regulamentada pela resolução nº 2.138/1994 CMN BACEN, definindo *swap* como sendo “as operações consistentes na troca dos resultados financeiros decorrentes da aplicação de taxas ou índices sobre ativos ou passivos utilizados como referenciais.” (§1º do art. 1º)


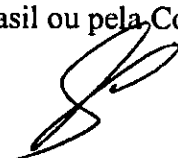
Objetiva, assim, a operação de *swap*, garantia de resultados com a troca de ativos e passivos a partir de uma instituição financeira referenciadas em ouro, taxas de câmbio, taxas de juros ou índices de preços.

Podem, ainda, os bancos múltiplos com carteira comercial e/ou de investimento, os bancos comerciais, os bancos de investimento, as sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários e as sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários realizarem opção de *swap*, consistente na garantia de oferecimento de um *swap* futuro, em data especificada e mediante os requisitos pré-estabelecidos na opção. Assim, quem *compra* uma opção de *swap* adquire, na verdade, um direito de realizar um *swap* na data especificada, não sendo, no entanto, obrigado a concretizá-lo. O ônus, após a aquisição da opção de *swap*, passa a ser integralmente do lançador, sendo que o tomador poderá – no sentido de lhe ser facultado – celebrar os contratos de *swap*.

Pois bem. As autoridades financeiras identificaram que as operações de *swap* e opção de *swap* eram utilizadas por instituições financeiras pertencentes ao mesmo grupo econômico para transferência de resultados entre as empresas. Esta sistemática se processava mediante a celebração de contratos simulados de opção de *swap* entre instituições financeiras no Brasil ou entre uma instituição financeira no Brasil e uma instituição financeira no exterior, de forma a que a compradora da opção pagava pelo derivativo, provocando a redução da base de formação da tributação do rendimento no Brasil. Esta sistemática chegou, inclusive, a ser intimamente fiscalizada por meio da CPI das Instituições Financeiras instalada no âmbito do Congresso Nacional no ano de 1999.

Como forma de restrição de referidas operações, a Comissão de Valores Mobiliários adotou medidas de restrição buscando impedir a realização de operações simuladas. Dentre as medidas, implementou a necessidade de publicação das informações relativas às operações nos mercados derivativos, por meio de nota específica a ser publicada junto aos balanços mensais das instituições financeiras (circular 2.583/2005).

Por outro lado, a própria resolução nº 2.138/1994 já previa, em seu artigo 3º, o registro das operações perante a Central de Custódia e de Liquidação de Títulos – CETIP (atual Câmara de Custódia e Liquidação) ou em outro sistema de registro de custódia e de liquidação autorizados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM.



6

No entanto, nem toda operação de *swap* ou opção de *swap* se prestou ou se presta a estes ardis. Trata-se, na verdade, de títulos mobiliários a todo momento negociados no mercado balcão ou no mercado futuro, sem que isto implique em qualquer irregularidade.

E, dentro desta perspectiva, caso uma operação de *swap* ou de opção de *swap* cause prejuízos, por certo que referida negativação deverá constar dos registros contábeis da empresa, inclusive para fins de formação da sua base tributável.

Na seara fiscal, o § 7º do art. 756 do RIR/99 determinou que “somente será admitido o reconhecimento de perdas em operações de *swap* registradas nos termos da legislação vigente”. Assim, se na execução de operação de *swap* devidamente registrada perante a Câmara de Liquidação e Custódia, firmada nos termos em que contratados, for verificada perda, é possível o registro do prejuízo para quem percebeu referida perda. Lado outro, se tiver havido ganho, o mesmo será tributado quando da liquidação do contrato.

Mas não é este o caso dos autos, pois não se trata, como bem ponderou a Recorrente, de contrato de *swap*, mas sim de compra de opção de *swap*.

No que toca ao mercado de opções, dispõe o § 3º do art. 764 do RIR/99 que “não havendo encerramento ou exercício da opção, o valor do prêmio constituirá ganho para o lançador e perda para o titular, na data do vencimento da opção”. Também não é esta a situação dos autos, posto que não houve o vencimento da opção de *swap*, mas a sua venda pela Recorrente ao Banco Bozano, Simonsen S/A, pelo valor de R\$ 1,00.

Desta feita, a composição destas operações – ganhos ou perdas - estará sujeita à regra geral de tributação, como realizado pela Recorrente, que registrou o prejuízo de R\$ 1.499.999,00 referente à operação de venda das opções de *swap* ao Banco Bozano, Simonsen S/A.

Adotada a regra geral de tributação das pessoas jurídicas, necessário identificar se a perda registrado decorreu de despesa operacional. Caso positivo – e em sendo afastada hipótese de simulação - poderá a mesma ser registrada como prejuízo acumulado pela Recorrente.

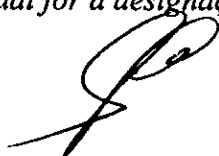
Dispõe, o RIR/99, o seguinte:

Art.299.São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47).

§1ºSão necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, §1º).

§2ºAs despesas operacionais admitidas são as usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa (Lei nº 4.506, de 1964, art. 47, §2º).

§3ºO disposto neste artigo aplica-se também às gratificações pagas aos empregados, seja qual for a designação que tiverem.



Art. 300. Aplicam-se aos custos e despesas operacionais as disposições sobre dedutibilidade de rendimentos pagos a terceiros (Lei nº 4.506, de 1964, art. 45, §2º).

Não tenho dúvidas de que a aquisição de opções de *swap* seja, em condições normais de mercado, despesa operacional de uma corretora de títulos mobiliários. Aliás, negar esta condição seria negar o óbvio.

Resta saber se, no caso concreto, esta aquisição da opção de *swap* foi realizada no intuito do objeto social da empresa. Vejamos:

Inicialmente, a Recorrente adquiriu 5.869,09526 opções de *swap* pelo valor unitário de R\$ 255,5760188, totalizando R\$ 1.500.000,00. Referidas opções de *swap* lhe permitia, em 29 de dezembro de 2015, ou seja, 16 anos depois, celebrar 5.869,09526 contratos de *swap* no valor unitário de R\$ 1.000,00.

Disso decorre que a Recorrente poderia pretender a realização de *swap*, no futuro, do total de R\$ 5.869.095,26 (cinco milhões, oitocentos e sessenta e nove mil e noventa e cinco reais e vinte e seis centavos) ou;

Negociar referidas opções de *swap* no mercado, objetivando o exercício do seu objeto social, qual seja, auferir lucros em decorrência da compra e venda de títulos mobiliários.

No entanto, a Recorrente preferiu vender referidas opções, para a mesma pessoa de quem havia adquirido, pelo preço total de R\$ 1,00.

Permissa venia, não há como reconhecer que a aquisição daquelas opções de *swap* sejam despesas operacionais da Recorrente nesta hipótese. Da forma como o negócio se processou, os valores despendidos com a aquisição de referidas opções de *swap* não se mostraram nem necessárias à atividade da empresa nem à manutenção da respectiva fonte produtora.

E mais: segundo o § 2º do art. 299 do RIR/99, é necessário que as despesas operacionais, para serem dedutíveis, sejam normais ou usuais no tipo de operação. Não vejo normalidade ou usualidade em uma corretora de valores mobiliários adquirir opções de *swap* com prazo de realização de mais 16 anos, pelo valor de R\$ 1.500.000,00 e vendê-la, ao mesmo titular anterior, três meses depois, pelo montante de R\$ 1,00. E, principalmente, quando comprador e vendedor possuem o mesmo controlador.



Diante do exposto, nego provimento ao recurso e mantenho o auto de infração, na forma em que lavrado.

Sala das Sessões, em 15 de outubro de 2008.



ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIRA

