



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

Processo n° 10730.003110/2005-55
Recurso n° 156.694 Voluntário
Matéria IRF
Acórdão n° 104-22.927
Sessão de 06 de dezembro de 2007
Recorrente AMPLA ENERGIA E ESERVIÇOS LTDA.
Recorrida 8ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003, 2004

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - Não provada violação das disposições contidas no art. 142, do CTN, tampouco dos artigos 10 e 59, do Decreto nº. 70.235, de 1972, e não se identificando no instrumento de autuação nenhum vício prejudicial, não há que se falar em nulidade do lançamento.

SIMULAÇÃO - A simulação se caracteriza pela divergência entre a exteriorização e a vontade, isto é, são praticados determinados atos formalmente, enquanto subjetivamente, os que se praticam são outros. Assim, na simulação, os atos exteriorizados são sempre desejados pelas partes, mas apenas no aspecto formal, pois, na realidade, o ato praticado é outro.

RENDIMENTOS DE RESIDENTES E DOMICILIADOS NO EXTERIOR - OPERAÇÕES DE EMPRÉSTIMOS REALIZADAS ENTRE EMPRESAS CONTROLADAS E EMPRESA CONTROLADORA - REMESSA DE JUROS - TÍTULOS DE CRÉDITO INTERNACIONAIS - COLOCAÇÃO DE FIXED RATE NOTES NO MERCADO INTERNACIONAL - INCIDÊNCIA NA FONTE REDUZIDA À ALÍQUOTA ZERO - PRAZO MÍNIMO MÉDIO PARA AMORTIZAÇÃO DE 96 MESES - As operações de captação de recursos financeiros a curto prazo realizadas entre as empresas subsidiárias da contribuinte no exterior e banqueiros internacionais não se confundem com as operações de empréstimo a longo prazo realizadas entre as empresas subsidiárias no exterior e a empresa controladora no Brasil - são negócios jurídicos distintos. Inocorre resgate antecipado das Fixed Rate Notes em razão de contrato de mútuo firmado entre a contribuinte brasileira e sua controlada no exterior, cujos recursos foram objeto de transferência internacionais de reais (TIR's), para fazer frente a outros empréstimos internacionais, de curto prazo, tomados por essa

[Assinatura]

empresa para a aquisição dos títulos de crédito, ainda mais quando resta demonstrado que parte dos investimentos feitos no país e dos respectivos juros foram incorporados ao capital social da Recorrente, a título de aumento de capital. Desta forma, as remessas de pagamentos de juros decorrentes de colocações no exterior de títulos de crédito internacionais, a exemplo das Fixed Rate Notes, previamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, cujo prazo médio de amortização corresponda, no mínimo, a 96 meses e cujos contratos encontravam-se em vigor em 31 de dezembro de 1999, estão com incidência de imposto de renda na fonte reduzida à alíquota zero.

Preliminares rejeitadas.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S.A.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares argüidas pela Recorrente. No mérito, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa (Relator), Antonio Lopo Martinez e Maria Helena Cotta Cardozo, que negavam provimento ao recurso. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Heloísa Guarita Souza.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO

Presidente


HELOISA GUARITA SOUZA

Redatora-designada

FORMALIZADO EM: 12 MAI 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nelson Mallmann, Gustavo Lian Haddad, Renato Coelho Borelli (Suplente convocado) e Remis Almeida Estol.

Relatório

Contra AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S.A. foi lavrado o auto de infração de fls. 03/35 para a formalização da exigência de Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF no valor de R\$ 161.585.720,94, acrescido de multa de ofício, qualificada, de R\$ 242.378.581,40 e juros de mora, calculados até 31/05/2005, de R\$ 76.818.318,55.

Infração

A infração está assim descrita no auto de infração:

RENDIMENTOS DE RESIDENTES OU DOMICILIADOS NO EXTERIOR. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE RENDIMENTOS DE RESIDENTES OU DOMICILIADOS NO EXTERIOR – Falta de recolhimento do Imposto de Renda na Fonte sobre rendimentos de residentes ou domiciliados no exterior, conforme descrito em detalhe no Relatório Fiscal, que constitui parte integrante e inseparável deste auto de infração.

No Relatório Fiscal a Autoridade Lançadora detalha a matéria tributária, a seguir resumida.

Em 07/04/1998, a Contribuinte emitiu papéis de longo prazo, no mercado internacional, denominados “fixed rate notes”, conforme Certificado nº 341/10330, registrado no Banco Central do Brasil em 5 de agosto de 1998 (fls. 328/339), com os quais captou créditos externos, no regime de “private placement”, no total de US\$ 350.000.000,00, com vencimento do principal em 06/10/2008 e dos juros a cada seis meses. Essa operação tinha como objetivo levantar recursos para viabilizar a aquisição da Cia. de Energia Elétrica do Ceará - COELCE, em leilão de privatização com liquidação financeira prevista para 07/04/98 e que teve como agente de lançamento o banco CHASE Manhattan International Limited (Londres).

Não houve oferta pública desses papéis no exterior os quais foram adquiridos, em 10/01/1997, pela subsidiária integral da Contribuinte, CERJ Overseas Inc., sediada no Panamá, e anteriormente denominada Panabusiness Inc., com capital social de 10 mil dólares americanos, fls. 340/360. A característica do regime de “private placement” é exatamente o conhecimento prévio do adquirente dos papéis

Para viabilizar essa operação a CERJ Oversea captou recursos no exterior nas instituições financeiras J. P. MORGAN Securities Inc., o DRESDNER Bank Luxembourg S/A e o The CHASE Manhattan Bank, com quem foi firmado um contrato de crédito denominado “Credit Agreement”, em 04/04/1998, no valor de US\$ 350.000.000,00, com vencimento em 06/10/1998, tendo como garantidora incondicional e absoluta do empréstimo a Autuada, conforme artigo XI do contrato (fls. 046/126).

Entre as cláusulas e condições desse contrato havia a especificação de que sua finalidade era a aquisição da COELCE (fls. 46); a exigência de utilização de “Intercompany Note” por meio do qual a garantidora se obrigaria a devolver à subsidiária os valores por esta

repassados; a referência ao fato de que a garantidora obteve aprovação prévia do Banco Central do Brasil sobre os termos e condições do "Intercompany Note" e que se obriga a apresentar ao Banco Central do Brasil todos os documentos necessários à obtenção de Certificado de Registro que a autorizasse a efetuar as remessas de pagamentos requeridos pelos "Intercompany Notes".

Os valores correspondentes à operação ingressaram no País em 07/04/1998, conforme Autorização Prévia nº 10-1-98/00234, de 03 de abril de 1998, emitida pelo Banco Central do Brasil (fls. 324/327).

No início de outubro de 1998, quando do vencimento do empréstimo de curto prazo, a Contribuinte, que figurava como garantidora, captou recursos no mercado interno em valor equivalente a US\$ 350.000.000,00, mediante dois empréstimos, um no mercado interno, em valor equivalente a US\$ 226.750.000,00, com vencimento em 27-09-1999; outro, no mercado externo obtido através da subsidiária, por meio de contrato "Credit Agreement", no valor de US\$ 123.250.000,00, com vencimento para 05/10/1999.

O contrato de empréstimo obtido no mercado interno estabelecia no item 1.5. que o devedor obrigava-se de forma incondicional e irrevogavelmente a utilizar os recursos captados exclusivamente para amortizar ou fazer com que a subsidiária amortizasse o saldo devedor da dívida da subsidiária decorrente do contrato de "Credit Agreement" firmado em 06/04/1998 e com vencimento em 06/10/1998. No mesmo sentido, a seção 5.9 do "Credit Agreement" de fls. 144/242, estabelecia que o valor do empréstimo (US\$ 123.250.000,00) seria usado exclusivamente para pagar parcialmente a dívida decorrente do "Credit Agreement" firmado em 06-04-1998, e que o valor do empréstimo, adicionado ao empréstimo capitaneado pelo Unibanco (US\$ 123.250.000,00 + US\$ 226.750.000,00 = US\$ 350.000.000,00) seria empregado para pagar integralmente a citada dívida, sendo que nenhuma parcela de qualquer dos dois empréstimos seria usada, direta ou indiretamente, para outras finalidades.

A parcela de R\$ 270.000.000,00, equivalente a US\$ 226.750.000,00, foi creditada em moeda nacional, no País, e foi remetida pela Contribuinte para a CERJ Oversea por meio de cinco transferências internacionais, em reais, totalizando US\$ 226.867.216,94, conforme quadro de fls. 20, recursos esses que foram efetivamente utilizados para liquidar, no prazo de vencimento, as captações feitas no exterior pela subsidiária, conforme nota explicativa nº 11 do Balanço Patrimonial levantado em 31-12-1999 (fls. 412), no que tange às Partes Relacionadas:

Anotou a autoridade lançadora que os juros decorrentes de colocações no exterior, com autorização prévia do Banco Central do Brasil, de títulos de crédito, com prazo médio de amortização de, no mínimo, 96 meses recebem o tratamento tributário previsto no artigo 691, inciso IX, do Regulamento do Imposto de Renda – RIR de 1999, cuja base legal é a Lei nº 9.481 de 1997, artigo 1º, inciso IX, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532 de 1997, artigo 20, que prevê a aplicação de alíquota zero na apuração do Imposto Retido na Fonte.

Destaca que esse tratamento tributário é mantido para todo o período do contrato, desde que assinado antes de 31/12/1999, independentemente de alterações posteriores de alíquota, conforme o disposto no artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.959 de 2000.

Contudo, pondera a Autoridade Lançadora, caso o empréstimo fosse amortizado em prazo médio inferior a 96 meses (ou oito anos), não mais se aplicaria a redução da alíquota a zero. E, nessa hipótese, a tributação dos juros remetidos se faria com base no art. 685, II, b, do RIR de 1999 (art. 8º da Medida Provisória nº 1.788 de 1998, convertida na lei nº 9.799 de 1999), o qual estabelece a alíquota de 25%, quando o beneficiário for residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, os chamados "*paraísos fiscais*", os quais estão relacionados na Instrução Normativa SRF nº.188 de 2002, e entre eles, o Panamá.

Entendeu a Fiscalização que o empréstimo que seria, em tese, de longo prazo, na verdade foi quitado pela Interessada com os recursos do mencionado duplo empréstimo. Assim, os recursos captados no exterior permaneceram no Brasil por prazo médio muito inferior aos 96 meses estabelecidos pela Lei nº 9.481 de 1997, art. 1º, IX, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532 de 1997, artigo 20, e, conseqüentemente, as remessas de juros perderam o benefício de tributação à alíquota zero, cabendo a tributação à alíquota de 25%.

Registrou que US\$ 226.750.000,00 foram remetidos ao exterior entre 29-09 e 03-11 de 1998, travestidos de mútuos entre a Interessada e a sua Subsidiária, mas, na realidade, se destinaram ao pagamento de parcela da dívida anteriormente contraída; e a parcela restante, no valor de US\$ 123.250.000,00, embora já se encontrasse quitada em 31-12-1999 junto ao credor externo, permanece ainda em aberto entre a Interessada e sua Subsidiária CERJ Overseas.

A Fiscalização, ao calcular o prazo médio de amortização, no quadro de fls. 20, considerou que o pagamento da parcela de R\$ 123.250.000,00 somente se daria no prazo final do contrato, em 06/10/2008, sem qualquer antecipação, por ser o critério mais favorável ao autuado.

Com base nos documentos enviados à Secretaria da Receita Federal pelo Banco Central do Brasil, a fiscalização identificou remessas efetuadas pela Interessada, a título de pagamento de juros sobre as captações mediante "fixed rate notes", conforme quadro de fls.28, tendo como beneficiária a Subsidiária CERJ Overseas, sediada no Panamá, o que ensejou a aplicação da alíquota de 25%, nos termos do art. 685, II, b, do RIR de 1999 (art. 8º da Medida Provisória nº 1.788/98, convertida na lei nº.9.799 de 1999).

A Fiscalização registra, ainda, que foi computada na base de cálculo dos créditos tributários apurados (quadro de fls. 28), a parcela de US\$ 63.296.470,59, (R\$ 184.382.618,83), correspondentes a juros vencidos, convertidos em capital da Interessada, em 27/02/2004, uma vez que tal operação implica emprego dos rendimentos em benefício do credor, configurando fato gerador do imposto, na forma do artigo 685 do RIR/99.

O imposto devido está demonstrado no quadro de fls. 29.

A Fiscalização fundamentou a qualificação da multa de ofício no fato de que as operações realizadas pela Autuada caracterizariam simulação, com o propósito de se beneficiar irregularmente da alíquota zero do IRRF sobre os juros remetidos ao exterior, mascarando um empréstimo que, em verdade, foi amortizado em prazo inferior a 96 meses, simulando que o mesmo só teria o principal pago após 10 anos.

Impugnação

5

A Contribuinte apresentou a impugnação de fls. 434/511, instruída pelos documentos de fls. 512/551, com as alegações a seguir resumidas.

A impugnante resume as operações realizadas afirmando que, em abril de 1998, autorizada pelo BACEN, emitiu "fixed rate notes" com prazo de amortização de 126 meses, colocadas no exterior pelo Chase Manhattan Internacional Limited, sediado na Inglaterra; que os recursos assim captados destinavam-se ao aumento do capital social de pessoa jurídica sediada no Brasil, com o propósito de permitir-lhe adquirir ações da COELCE, companhia aberta distribuidora de energia elétrica no Estado do Ceará, em leilão de privatização; que nesse tipo de aquisição, dada a magnitude dos recursos envolvidos, é normal e usual em qualquer país que os compradores obtenham empréstimos junto a agências de fomento nacionais ou estrangeiras, ou emitam títulos de crédito no exterior, em ambas as alternativas com vencimento à longo prazo e condições compatíveis com a maturação e a lucratividade projetada do investimento; que em decorrência do caráter aleatório inerente a qualquer leilão, é impossível, tanto do ponto de vista financeiro quanto do operacional, contratar os aludidos empréstimos, ou emitir e colocar títulos no mercado com vencimento à longo prazo antes de conhecido o resultado da licitação; que à vista dessa realidade, o único procedimento legítimo e capaz de adequar os fluxos financeiros indispensáveis à concretização de negócios com tal característica de risco foi a constituição de sociedade controlada no exterior, a qual celebra acordos firmes com instituições financeiras estrangeiras, assegurando-lhe empréstimos de determinada quantia à curto prazo ("empréstimo ponte"), condicionados ao sucesso da controladora na licitação, hipótese em que a controlada adquire os títulos de crédito internacionais de longo prazo emitidos por sua controladora, com os recursos obtidos no exterior, no regime de "private placement", garantindo aos credores os meios necessários ao cumprimento do seu compromisso; que numa terceira fase reestrutura sua dívida de curto prazo colocando no exterior outros títulos de crédito internacionais de longo prazo, a fim de obter recursos para saldar o empréstimo ponte, ou obtém esses recursos alienando a terceiros os títulos adquiridos da controladora.

Assevera a Impugnante que assim procedeu, tendo os recursos provenientes da venda das "fixed rate notes" efetivamente ingressado no País onde foram utilizados no aumento do capital social de pessoa jurídica sediada no Brasil, que adquiriu as ações da COELCE e que, a partir daí, sua subsidiária almejava, no período de 6 meses (abril a outubro de 1998), reestruturar sua dívida, pagando o "Credit Agreement" inicial com fundos provenientes da colocação no exterior de outros títulos de crédito internacionais de sua emissão, prazo bastante razoável para que todas as providências nesse sentido fossem tomadas; que, ao contrário do que asseveraram os autuantes, era perfeitamente sustentável, do ponto de vista econômico, que a subsidiária, uma empresa com capital social de US\$ 10 mil, tivesse contraído o Credit Agreement 1, no montante de US\$ 350 milhões, pois diversas empresas do Grupo ENDESA poderiam garantir a operação, tendo, neste caso, recaído a escolha sobre ela, (a Interessada), de maneira natural e óbvia, porque os recursos captados reverteriam a seu favor, através da venda das "fixed rate notes", e com eles seriam adquiridas as ações da Coelce, o que efetivamente ocorreu.

Aduz que naquele interregno, contudo, a subsidiária foi surpreendida por modificações drásticas no cenário financeiro internacional, provocadas pela crise cambial que desabou sobre países asiáticos, atingiu mais tarde a Rússia e se refletiu no Brasil, fechando o mercado internacional para negócios dessa natureza e inviabilizando a operação, ou a cessão das "fixed rate notes" a terceiros; que, como garantidora da obrigação contraída pela subsidiária, cabia-lhe impedir a sua insolvência, fornecendo-lhe fundos que lhe permitissem

6

honrar o "Credit Agreement 1", do que resultou a concessão dos mútuos em comento, mediante TIR's cursadas em contas bancárias de instituições financeiras de não-residentes no Brasil, que mantêm relação de correspondência com o banco brasileiro depositário dos recursos, exercida de forma habitual, expressiva e recíproca, conforme previsto na Circular BACEN nº 2.677/96, sem afetar a relação jurídica perfeita constituída com a venda das "fixed rate notes";

Relata que os aludidos empréstimos vêm sendo honrados pela subsidiária que já quitou antecipadamente o de fls. 390/392 (no valor equivalente, na data do pagamento, ocorrido em 07.06.2002, a R\$ 22.414.500,00), o de fls. 393/396 (no valor equivalente, na data do pagamento, ocorrido em 05.07.2002, a R\$ 42.821.250,00) e o de fls. 381/389 (no valor equivalente, na data do pagamento, ocorrido em 05.07.2002, a R\$ 13.502.967,50), conforme evidenciam as anotações feitas nos respectivos contratos pelas instituições financeiras perante as quais cursaram os recursos enviados pela devedora, na forma prevista nas normas do BACEN, as planilhas, por ela elaboradas, e os correspondentes lançamentos contábeis, anexos (doc. 3).

Assevera que estes contratos de mútuo já tinham sido analisados, em 2001 e em 2002, pela Receita Federal, conforme consta do subitem 2.4.1 de sua resposta de fls. 267, conforme Relatório Fiscal (, item 8.1, fls.31), sem que qualquer irregularidade fosse alegada.

Afirma que para lavrar o auto de infração a fiscalização também não necessitou de elementos adicionais àqueles postos à disposição das auditorias anteriores da própria Secretaria da Receita Federal, do BACEN, dos registros efetuados com clareza na sua escrituração comercial, das notas explicativas constantes dos seus balanços, publicados na imprensa e veiculados no site da CVM, e dos termos explícitos dos contratos que lhe foram apresentados, os quais não deixam dúvida alguma sobre a origem e o destino dos correspondentes recursos financeiros;

Diz que, portanto, não houve evidente intuito de fraude, uma vez que desejou apenas celebrar autênticos contratos de mútuo, crendo sinceramente que deles não poderia resultar, sob qualquer ponto de vista, alegação de pagamento antecipado das "fixed rate notes", pois os efeitos do contrato de mútuo não se confundem com os da extinção de obrigações e a compensação de dívidas recíprocas, nessas condições, ensejaria compensação privada de câmbio, vedada pela legislação brasileira;

Argumenta que, se até nas hipóteses de distribuição disfarçada de lucros, de passivo fictício, de suprimento de numerário sem comprovação da origem ou do efetivo ingresso no caixa da pessoa jurídica e outras ainda mais graves, repele-se a imposição de multa agravada, seria razoável que neste caso, no qual tudo foi feito às escâncaras, a fiscalização se conduzisse de igual modo, pelo menos em respeito ao artigo 112 do CTN;

Reafirma que os empréstimos concedidos a sua subsidiária não estão maculados de simulação absoluta ou relativa, não são negócios jurídicos indiretos, não ensejam fraude à lei, nem resultam de abuso de direito, uma vez que as operações financeiras foram registradas no SISBACEN e mencionadas nas Notas Explicativas das demonstrações financeiras publicadas; que os enunciados dos instrumentos que as formalizaram e seus registros contábeis explicitam nitidamente os negócios a que se referem e os fluxos financeiros deles decorrentes, nada tendo sido encoberto das autoridades administrativas do BACEN, da CVM e da SRF, da auditoria independente a que está sujeita, na condição de companhia aberta, de seus acionistas minoritários, nem do mercado.

Repete que em 2001 e 2002, a Receita Federal instaurou procedimentos fiscais com o propósito específico de verificar os efeitos tributários dos empréstimos em questão, sem apontar infração de espécie alguma e o BACEN até hoje não lhe comunicou qualquer irregularidade, nem a impediu de remeter à sua subsidiária os juros relativos às “fixed rate notes”.

Reitera argumentos no sentido de que os negócios considerados pela fiscalização como “travestidos de mútuos” não foram em absoluto celebrados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato ou circunstância que ensejasse a cobrança de tributo, mas eram mútuos de fato e de direito, cursados em moeda nacional através de bancos de primeira linha, em consequência da imposição de circunstâncias de conhecimento público, alheias à sua vontade, não havendo discrepância entre a vontade querida e o ato exteriorizado por ela e sua subsidiária; que constituem, portanto, contratos autônomos, e independentes das “fixed rate notes”, revestidos de naturezas jurídicas distintas, porque dotados de objetos, propósitos negociais efetivos e outras características inconfundíveis, o que os tornam incomunicáveis para qualquer finalidade, tanto que vêm sendo honrados pela subsidiária que já os quitou antecipadamente, em parte, conforme já mencionado e doc. 3, fls. 522/536;

Noticia que, em 17.02.2004, parte das “fixed rate notes” foi transferida, no exterior, para a Enersis Internacional (ENERSIS), que as converteu em capital dela (da Interessada), no dia 27.02.2004, no valor equivalente a US\$ 242.964.996.57 (US\$ 179,668,525.98 de principal e US\$ 63,296,470.59 de juros incorridos), e no dia 24.03.04, no valor equivalente a US\$ 683,994.47 (apenas principal), como demonstram os contratos das correspondentes operações simbólicas de câmbio celebrado com o Deutsche Bank (doc.4, fls. 538/546), os recibos de quitação emitidos (doc. 5, fls. 548/549), a ata da AGE que as homologou, realizada em 29.04.2004 (fls.302) e, sobretudo, o registro de capital estrangeiro efetuado pelo BACEN (fls. 305/307), ratificando a permanência, em caráter definitivo, dos recursos ingressados no Brasil com a sua colocação no exterior, e contradizendo de maneira incontestável a premissa de que os recursos teriam retornado ao exterior antes de 96 meses;

Diz que os empréstimos concedidos à sua subsidiária processaram-se por TIR's, reguladas pela Circular nº 2.677/96, mediante depósitos efetuados em Reais, em contas mantidas no Brasil por instituições financeiras de primeira linha residentes no exterior, que mantêm relação de correspondência com o banco brasileiro depositário dos recursos, exercida de forma habitual, expressiva e recíproca, sem que tenha firmado qualquer contrato de câmbio para remessa de divisas. E argumenta que supor que as dívidas por ela contraídas foram extintas por compensação com os mútuos concedidos por ela à subsidiária, implica autêntica compensação privada de câmbio, vedada há décadas pela legislação pátria.

Aduz que a outorga de poderes às autoridades da administração pública para desconsiderar atos jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador ou aspectos a ele relativos, equiparando-os a outros de espécies diferentes, para aplicar-lhes normas tributárias incidentes sobre estes, somente encontra suporte no parágrafo único do artigo 116 CTN, o qual é norma de eficácia contida, não podendo ser aplicado sem os procedimentos a serem estabelecidos pela lei ordinária nele prevista, do que resulta nulo ou insubsistente o auto de infração, em face do disposto no inciso I do artigo 59 do Decreto n.º 70.235/72, que torna nulo os atos praticados por agente incompetente; que o parágrafo único do artigo 116 do CTN dispõe sobre casos de simulação absoluta e relativa, sendo esta, também denominada na doutrina de dissimulação, que é sabido e reafirmado pela própria fiscalização nestes autos;

Questiona a afirmação de que a simulação prevista no artigo 102 do Código Civil de 1916, em vigor nas datas em que os empréstimos combatidos pela fiscalização foram celebrados, abrange a dissimulação; diz que se a dissimulação a que se refere o parágrafo não é simulação relativa, o raciocínio desenvolvido no auto de infração escora-se em método típico da chamada interpretação econômica e suas variáveis, que é espancada pelo princípio da legalidade disposto no CTN quando da própria definição de tributo, como pressuposto da segurança jurídica, que também vedou o emprego da analogia para fundamentar a exigência de tributo não previsto em lei;

Sustenta que não existe norma vedando a utilização de mecanismo jurídico menos oneroso ao contribuinte, não podendo o Fisco desconsiderar os negócios jurídicos praticados, alegando possuírem conteúdo econômico de fato gerador de tributo, ante a falta de previsão legal para tanto.

Aduz que o crédito tributário relativo à quantia de US\$ 19.817.777,78, cujo fato gerador teria ocorrido em 28/01/2000, já estava extinto por homologação tácita na data da lavratura do auto de infração, uma vez que o imposto de renda devido na fonte sobre rendimentos de residentes ou domiciliados no exterior ser tributo sujeito a lançamento por homologação, definido no artigo 150 do CTN, que, juntamente com seu parágrafo 4º, estabelecem que será de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, o prazo para que o Fisco possa se pronunciar;

Diz que a homologação é ato comissivo ou omissivo da autoridade administrativa, que se opera sobre a atividade econômica exercida pelo sujeito passivo, suscetível de verificação a *posteriori*, sendo indiferente, para que produza seus efeitos, a ocorrência de pagamento de qualquer quantia a título de tributo e que não há como entender que é necessário o pagamento, uma vez que, em situações em que o sujeito passivo, ao exercer a atividade de identificar a matéria tributável e apurar o tributo devido, encontra valor zero (por exemplo, prejuízo fiscal, em relação ao imposto de renda, ou alíquota reduzida a zero em relação ao imposto de importação), e dá ciência ao Fisco do fato (mediante entrega da Declaração de Imposto de Renda ou registro da Declaração de Importação - DI); que não seria razoável entender que se o sujeito passivo recolhe R\$ 1,00 de imposto, o prazo para decadência seria de cinco anos a contar do fato gerador, mas se nada tiver pago por ter apurado prejuízo fiscal, esse se alongaria; que se o sujeito passivo apresentou a declaração demonstrando que, a seu juízo, o imposto devido era zero, já tem a Fazenda a notícia do "pagamento" zero ('antecipação do pagamento' a juízo do contribuinte considerado devido); que com ou sem o pagamento, com a declaração de que o tributo apurado foi zero, tem o Fisco elementos para exercer o controle;

Defende que, se devido fosse o imposto, seu cálculo deveria ser efetuado à alíquota de 15%, e não a de 25%, devendo incidir ao caso o disposto no inciso IX do artigo 691 do RIR de 1999; que de acordo com o artigo 1º da Lei nº 9.959 de 2000, a alíquota em questão foi fixada em 15%, independentemente do país de residência ou domicílio do destinatário dos rendimentos; que a fiscalização aplicou a alíquota antes prevista na alínea "b" do inciso II do artigo 685 do RIR/99, na compreensão de que assim teria estipulado o parágrafo 1º do artigo 1º da Lei nº 9.959 de 2000; que, ao empregar em seu texto o adjetivo "garantido", quis a lei apenas assegurar aos contribuintes que desfrutassem de situação mais benéfica que a nele prevista, o direito que lhes havia sido deferido anteriormente, protegido pelo inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal e pelo artigo 178 do CTN; que não pretende, pois, o citado comando, que rendimentos resultantes de contratos em vigor em 31.12.99 permaneçam, a partir

de 1º.01.2000, submetidos à alíquota mais elevada prevista em lei até então, até porque isso significaria ofensa ao princípio da isonomia insculpido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal e refletido, no Sistema Tributário Nacional, no § 1º do artigo 145, no inciso II do artigo 150 e no inciso I do § 2º do artigo 153 da mesma Carta, no que também se equivoca a fiscalização, ao recusar tais argumentos de maneira sumária, sem maior reflexão, conforme fls. 32, subitem 8.3.6 do Relatório Fiscal.

Argumenta que, além disso, se o fato gerador do imposto é o pagamento, o crédito, a remessa, a entrega ou o emprego dos juros em favor do residente no exterior, e não a celebração do contrato consubstanciado nas "fixed rate notes", a interpretação do dispositivo dada pela fiscalização é absurda, pois agride o comando inserto no artigo 144 do CTN; que se devido fosse o imposto, sua cobrança deveria guardar proporcionalidade com a parcela do empréstimo considerado pela Fiscalização como não paga antecipadamente e que, além de US\$ 123.250.000,00, parcela muito maior remanesceu no País, convertida em capital, mantendo-se, desse modo, reduzida a zero a alíquota do IRF incidente sobre os juros das obrigações incorridos até então, de acordo com o artigo 9º e seus parágrafos 1º a 3º, da Medida Provisória nº 2.189-49/2001 (consolidado nos parágrafos 4º a 7º do RIR de 1999);

Sustenta que, apesar disso, contrariando mais uma vez a lógica, que recomendaria, caso subsistência houvesse nos fundamentos da pretensão fiscal, considerar os juros proporcionais àquela parcela acobertados pela redução da alíquota do imposto a zero, referida no inciso IX do artigo 691 do RIR/99, a Fiscalização lançou o imposto sobre a base de cálculo total, alegando, de maneira simplista, ausência de previsão legal para assim proceder, como se não coubesse ao servidor público incumbido da aplicação do direito interpretar a norma de maneira sistemática e teleológica, respeitando os cânones albergados pelo artigo 37 da Lei Maior e explicitados no artigo 2º da Lei nº 9.784/99, que orientam a conduta das autoridades administrativas.

Argumenta que, a prevalecer, então, este raciocínio, caso a Fiscalização tivesse considerado que, dos US\$ 350.000.000,00, tivesse sido pago antecipadamente apenas US\$ 0,50, também se justificaria cobrar o imposto relativo aos juros incidentes sobre o total das "fixed rate notes", ou seja, sobre os US\$ 350.000.000,00, conclusão que, à evidência, constitui autêntico disparate, porque fere o interesse público tutelado pela lei fiscal em exame, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em que se pauta a ordem jurídica brasileira.

Conclui daí que, ainda que alguma plausibilidade houvesse no lançamento, a exigência fiscal somente poderia incidir sobre a parcela dos juros proporcional ao capital tido como pago antecipadamente à subsidiária, nunca sobre o total, o que revela mais um defeito do lançamento.

Em aditamento à Impugnação originalmente apresentada, a Impugnante, provocada por relatório fiscal expedido em cumprimento de diligência determinada pela autoridade julgadora de primeira instância, apresentou razões adicionais onde afirma, em síntese:

- que os valores correspondentes aos mútuos por ela concedidos à subsidiária, estão relacionados na primeira das planilhas de fls. 20, na qual estão apontadas as folhas do processo em que se encontram os contratos que os consubstanciaram, sendo os mesmos hábeis e idôneos para comprovar das quitações mencionadas no item 2.7 da impugnação, (fls. 448), conforme as normas e praxes do BACEN, os carimbos apostos nos próprios contratos pelas

instituições financeiras que realizaram as respectivas operações de câmbio, anexadas ao processo;

- que o primeiro contrato de mútuo (doc 03) traz quitação representada por 4 carimbos, correspondentes às operações de câmbio para pagamento, pela subsidiária, do valor do principal e dos juros, realizadas em 02/08/2001, no valor de US\$ 2.107.234,11; em 03/06/2002; no valor de US\$ 431.651,25; em 07/06/2002; nos valores de US\$ 348.877,28 e US\$ 67.353,66; e em 07/06/2002; no valor de US\$ 8.500.000,00, relativo à quitação do valor principal do mútuo;

- que o segundo contrato de mútuo (doc. 03) traz quitação representada por 5 carimbos, correspondentes às operações de câmbio para pagamento, pela subsidiária, do valor do principal e de juros, realizadas em 02/08/2001, no valor de US\$ 3.611.122,40; em 29/10/2001, no valor de US\$ 832.552,08; em 03/06/2002, no valor de US\$ 647.923,44; 05/07/2002, no valor de US\$ 444.155,09; e em 05/07/2002, no valor de US\$ 15.000.000,00, relativa à quitação do valor principal do mútuo;

- que o terceiro contrato de mútuo (doc. 03) traz quitação representada por 4 carimbos, correspondentes às operações de câmbio para pagamento, pela subsidiária, do valor do principal e de juros, realizadas em 02/08/2001, no valor de US\$ 1.161.936,41; em 03/06/2002, no valor de US\$ 444.317,84; em 05/07/2002, no valor de US\$ 95.601,69; e em 05/07/2002, no valor de US\$ 4.730.000,00, relativa à quitação do valor principal do mútuo;

- que resta comprovado que os empréstimos concedidos à subsidiária foram contratos autônomos, e independentes das "fixed rate notes", revestidos de naturezas jurídicas distintas e vêm sendo honrados pela subsidiária.

Posteriormente, a Impugnante acostou aos autos o parecer de fls. 936/1.001, da lavra de Ricardo Lobo Torres, a seguir resumido.

Diz o Parecer que nem na época dos fatos relacionados no auto de infração impugnado, nem nos dias atuais, existia ou existe dispositivo da legislação tributária nacional ou federal em cuja redação o substantivo *dissimulação* ou o verbo *dissimular* sejam empregados, além do parágrafo único do artigo 116 do CTN; que não havia na época dos fatos relacionados no citado processo administrativo, norma de Direito Público ou Privado que definisse o substantivo *dissimulação* ou o verbo *dissimular*, ou prescrevesse os efeitos jurídicos de atos em que esse elemento de vontade se fizesse presente; que na ocasião em que foi publicada a Lei Complementar nº 104/2001, introduzindo o parágrafo único no artigo 116 do CTN, o termo *dissimulação* significava, segundo a doutrina civilista, simulação relativa; que o princípio da irretroatividade das leis impede a aplicação do artigo 167 do Código Civil de 2002, segundo o qual são nulos os atos simulados, a fatos ocorridos em 2000 e 2002; que é infundada a afirmativa de que os empréstimos concedidos pela Interessada à sua controlada tiveram por finalidade dissimular a ocorrência de fato ou circunstância que ensejasse a cobrança do tributo, configurando discrepância entre a vontade querida e o ato exteriorizado; que diante dos fatos narrados no Relatório Fiscal e nos demais documentos que instruem o processo em tela, não ocorreu simulação absoluta ou relativa, abuso de direito, abuso de forma, ausência de propósito mercantil, fraude à lei ou qualquer outra modalidade de fraude por parte da Interessada; que inexistiu fingimento, ocultamento ou manipulação do fato gerador concreto da obrigação tributária; que o contrato de mútuo entre a Consulente e a subsidiária é verdadeiro em todas as suas cláusulas, não havendo qualquer suspeita sobre a validade do documento, a identidade das partes, as referências nas demonstrações financeiras publicadas, os registros no

Banco Central, a entrega do dinheiro e o valor do mútuo, sendo certo que a operação ocorreu no ambiente da crise econômica deflagrada no Governo Fernando Henrique e da necessidade financeira das empresas, todas as operações foram concebidas anteriormente à prática dos atos e estão em consonância perfeita com a legislação aplicável ao caso, não tendo ocorrido durante ou após a prática dos atos qualquer falseamento que lhe pudesse comprometer a intenção inicial e inexistiu acordo de simulação, indispensável para caracterizar o ilícito; que se o Fisco pudesse desconsiderar as operações descritas no Termo de Verificação Fiscal, invocando o parágrafo único do art. 116 do CTN, o artigo 167 do Novo Código Civil, ou qualquer outro dispositivo legal, a alíquota do imposto aplicável seria 15%, de acordo com o artigo 1º da Lei nº 9.959/2000 (itens 134 a 137 do Parecer), suscetível de incidir apenas sobre a parcela dos juros, proporcional ao capital tido como pago antecipadamente à subsidiária.

Decisão de Primeira Instância

A DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I julgou procedente o lançamento com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que para analisar se houve decadência, é necessário que se verifique se ocorreu dolo, fraude ou simulação, conforme parte final do parágrafo 4º, do artigo 150, do CTN;

- que o empréstimo mediante lançamento de "fixed rate notes", que venceria, em tese, em 06-10-2008, foi amortizado pela Interessada com os recursos do empréstimo obtido no mercado interno firmado em 01-10-1998, (fls.126/141), com vencimento em 27-09-1999, e com o empréstimo obtido no mercado externo, mediante o "Credit Agreement" firmado em 01-10-1998, cujo vencimento foi 05-10-1999;

- que, desta forma, os recursos captados no exterior permaneceram no Brasil por prazo médio muito inferior aos 96 meses estabelecidos pela Lei nº 9.481 de 1997, art. 1º, IX, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532 de 1997, artigo 20, e as remessas de juros perderam o benefício de tributação à alíquota zero, cabendo a tributação à alíquota de 25%;

- que o ato realizado pela Interessada, qual seja, os mútuos de fls. 361/396, serviram, na realidade, para disfarçar sua real intenção de amortizar os empréstimos contraídos, fugindo de ter que recolher IRRF sobre os juros remetidos ao exterior, mascarando um empréstimo que, em verdade, foi amortizado em prazo inferior a 96 meses, simulando que o mesmo só teve o principal pago após 10 anos e, portanto, a Interessada valeu-se de um ato simulado, (mútuo), para ocultar a amortização de empréstimo.

- que o cerne da questão é o de verificar a que título os citados valores, demonstrados na primeira planilha de fls. 20, foram enviados para a subsidiária da Interessada no Panamá, se objetivaram amortizar o empréstimo decorrente das "fixed rate notes", ou decorreram de contratos de mútuo autônomos e independentes da relação jurídica atinente àqueles títulos internacionais, portanto, revestidos de naturezas e objetos jurídicos distintos.

- que ,conforme se depreende dos artigos 1.256 a 1.264 do Código Civil, em vigor na época dos fatos, o mútuo é um contrato real, pois só se forma com a entrega da coisa, sendo que o instrumento demonstra tão-somente o consenso entre as partes e, desta forma, tanto a formação quanto a liquidação somente consideram-se tidas, respectivamente, com a efetiva entrega e devolução da coisa ou valor;

12

- que da análise dos documentos de fls. 523, 528 e 532, constata-se que os contratos mencionados pelo Impugnante referem-se tão-somente a fechamento de câmbio, não havendo como comprovar que, efetivamente, referem-se à liquidação dos supostos contratos de mútuo, isto é, que tais valores foram remetidos da subsidiária no Panamá e ingressaram no patrimônio da Interessada;

- que os demais documentos de fls. 525/526 e 534/536, são da lavra da própria Interessada, assim como os instrumentos de fls. 367, 379, 389 ou 533, 391 ou 524, e 395 ou 529, nos quais se constata que não há o registro da presença de testemunhas;

- que, como todos sabem, a pessoa jurídica só tem existência no âmbito do direito positivo, sendo, portanto, impossível que ela manifeste vontade senão por meio de pessoas físicas, do que decorre que os diretores expressam a vontade da sociedade, da qual não são representantes, mas presentantes, no sentido de que tornam presente a vontade da sociedade;

- que examinando aqueles instrumentos, fls. 367, 379, 389 ou 533, 391 ou 524, e 395 ou 529, verifica-se que, em alguns deles, os diretores da Interessada ora assinaram em nome dela, ora pela subsidiária, sendo que no instrumento de fls. 391/524, o mesmo diretor assinou pelas duas sociedades, o que, por si só, invalidam o instrumento como prova da existência do mútuo;

- que, portanto, tal instrumento não preenche os requisitos do artigo 135 do Código Civil em vigor na época, o qual reza que *"O instrumento particular feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por 2 (duas) testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor. Mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros (art. 1.067), antes de transcrito no Registro Público"*;

- que, na mesma direção, o Código de Processo Civil, (CPC), instituído pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, dispõe que *"As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário"* e que *"Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato;"*

- que, assim, os documentos de fls. 368/369, 375/376 e 387 apenas comprovam que a Interessada declarou a terceiros que as remessas estavam relacionadas a empréstimos à coligada no exterior;

- que a informação "empréstimos a residentes no exterior" constante em alguns documentos do SISBACEN, fls. 361, 370, 381, e outros, não têm força probatória, uma vez que, o preenchimento dos respectivos campos é de natureza puramente declaratória;

- que a informalidade dos negócios celebrados entre as partes não pode eximir o contribuinte de apresentar prova da efetividade das transações, e que tal informalidade diz respeito, apenas, a garantias mútuas que deixam de ser exigidas em razão da confiança entre as partes, ou de quaisquer outros motivos, mas não se pode querer aplicar a mesma informalidade ou vínculo de confiança na relação do contribuinte com a Fazenda Pública;

- que a relação entre fisco e contribuinte não é informal, mas formal e vinculada à lei, de sorte que a forma convencionada entre as partes diz respeito somente a elas e não exime o contribuinte de apresentar a prova da efetiva realização dos negócios jurídicos em toda a sua extensão, mesmo porque o instrumento particular pode ser elaborado a qualquer tempo pelos signatários, nada comprovando que efetivamente houve a realização do que nele consta;

- que o que comprovaria a existência e a liquidação destes contratos seria a apresentação do instrumento, realizado com os requisitos exigidos pela lei, a comprovação do efetivo recebimento por parte do mutuário dos recursos anteriormente emprestados, eis que trata o caso de contrato real, e após a liquidação, a comprovação que os valores foram remetidos da subsidiária para a Interessada, por meio de documentos bancários, indicando que tais valores ingressaram no patrimônio da mutuante, devidamente registrados nos livros fiscais e contábeis, bem como, a quitação expressa do credor por meio de ato oficial da sociedade empresarial.

- que do exame do item 1.5 do contrato de empréstimo obtido pela Interessada no mercado interno, fls. 128, transcrito pela Fiscalização às fls. 19, constata-se que, realmente, nele consta que o mesmo foi realizado com o objetivo de pagar a dívida do "Credit Agreement" original de fls. 046/126, que, por sua vez, foi constituído para pagar os "fixed rate notes".

- que da mesma forma, consta na seção 5.9 do "Credit Agreement" posterior, fls. 644, que o valor do empréstimo (US\$ 123.250.000,00) seria usado exclusivamente para pagar parcialmente a dívida decorrente do "Credit Agreement" original firmado em 06-04-1998.

- que também consta no "Credit Agreement" posterior, demonstrativo de fls. 219 e fls. 866, parcela a cargo de cada um dos credores de ambos os contratos, perfazendo o total necessário à quitação da dívida original.

- que contribui neste entendimento o fato de constar na nota explicativa nº 11 do Balanço Patrimonial levantado em 31-12-1999, (fls. 412), que já estariam liquidados os saldos passivos referentes a repasse de financiamentos externos obtidos pela subsidiária oriundos do "credit agreement" original de 06-04-1998.

- que é incontroverso que o "credit agreement" original, de fls. 046/126, foi constituído para pagar os "fixed rate notes", o que deixa claro que o valor total dos empréstimos posteriores foi empregado para liquidar a dívida decorrente daqueles títulos.

- que não tendo sido comprovado pela Interessada a efetiva realização dos mútuos alegados, em outras palavras, a existência de fato dos mesmos, por decorrência lógica, a remessa dos valores apontados às fls. 20, objetivou a liquidação parcial dos referidos títulos;

- que quanto à alegação de que parte das "fixed rate notes" foi transferida, no exterior, para a Enersis International (ENERSIS), que as converteu em capital da Interessada, no Brasil, tal fato em nada ajuda quanto à comprovação da existência dos contratos de mútuo, uma vez que restou comprovado que parte do empréstimo decorrente das "fixed rate notes" foi amortizada com a remessa dos valores de fls. 20;

- que são dois fatos autônomos e, portanto, os documentos de fls. 295/297, 302, 305/307 e 538/546, não são hábeis a elidir a afirmação de que a remessa dos valores de fls. 20,

objetivaram a liquidação dos títulos e que não houve a efetiva realização dos mútuos alegados e, além disto, os documentos de fls. 548/549, são unilaterais, elaboradas pela própria interessada, não preenchendo os requisitos do artigo 135 do Código Civil em vigor na época;

- que a apresentação dos instrumentos do contrato e dos demais documentos que, no entender da Interessada comprovariam as quitações parciais, quanto muito, poderiam vir a caracterizar que somente no campo formal teriam ocorrido os mútuos, mas não comprovam que eles existiram de fato, isto é, que foram efetivamente realizados;

- que o artigo 102, inciso II, do Código Civil em vigor na época da ocorrência dos fatos, dispunha que: *"haverá simulação nos atos jurídicos em geral, quando contiverem declaração, confissão, condição, ou cláusula não verdadeira"*;

- que há de se concluir que a Interessada, ao afirmar e produzir documentos que formalmente correspondiam à contrato de mútuo, realizou declaração não verdadeira, objetivando disfarçar sua real intenção que era de amortizar os empréstimos oriundos dos "fixed rate notes";

- que a finalidade, pois, foi a de escapar de ter que recolher IRRF sobre os juros remetidos ao exterior, declarando contratos de mútuo que, em verdade, não existiram, mas, sim, a amortização do empréstimo em prazo inferior a 96 meses, simulando que o mesmo só teria sido liquidado após 96 meses;

- que como se sabe, os efeitos de um negócio jurídico, não se confundem com outro negócio jurídico. A doutrina é unânime no sentido de que o cumprimento de uma obrigação, o pagamento em sentido amplo, não é um negócio jurídico;

- que quando se trata de negócio jurídico simulado com simulação absoluta, tem-se, na realidade, simples aparência, sem negócio algum; e quando se trata de negócio jurídico simulado com simulação relativa, tem-se um negócio aparente que não traduz aquilo que se deseja, pois o negócio real é o dissimulado;

- que no caso presente, a Interessada simulou o contrato de mútuo para encobrir a liquidação dos "fixed rate notes", portanto, objetivou encobrir os efeitos de negócio jurídico anterior e, portanto, trata-se de simulação absoluta, eis que, o ato aparente não encobriu negócio jurídico algum;

- que não trata o presente caso de se desconsiderar qualquer ato ou negócio jurídico praticado pela Interessada nos moldes previstos no parágrafo único do artigo 116, do CTN, pois ficou constatado que os mútuos alegados não tiveram a sua existência fática comprovada não havendo que se falar em efeitos jurídicos dos mútuos;

- que quando a Interessada alegou a existência dos mútuos, assumiu o ônus de prová-la, conforme reza o artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, quando dispõe que o ônus da prova incumbe ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor;

- que como já mencionado, o mútuo, por ser um contrato real, só se forma e se liquida com a entrega e a devolução da coisa;

- que a forma convencionada entre as partes para celebrar e dar quitação nos negócios jurídicos diz respeito somente às partes; não exige o contribuinte de apresentar a

prova da efetiva realização e liquidação dos negócios jurídicos em toda a sua extensão, uma vez que a relação entre contribuinte e Fisco é formal e vinculada à lei;

- que ainda que se considere que trata o caso de simulação relativa, não há que se confundir com a situação prevista no artigo 116 do CTN;

- que à despeito de se encontrar no citado dispositivo a expressão “dissimular”, qualquer que seja o significado dado a ela, não se confunde com a simulação;

- que não se trata de se fazer a análise do significado do termo “dissimulação” em si, mas, sim, de se analisar a esfera de atuação dos institutos envolvidos. A dissimulação prevista no artigo 116 do CTN atua no plano formal, vale dizer, atua no momento em que o contribuinte escolhe uma forma ou regra jurídica com o propósito único de pagar menos tributo, ou simplesmente, não pagar;

- que tal conduta deverá ser aferida com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para que se verifique se ela foi abusiva ou não, quando tem a ocorrência do abuso de forma, fraude à lei ou, simplesmente, um planejamento tributário lícito, dentro do princípio da boa fé objetiva;

- que a simulação absoluta ou relativa é um dos meios de se praticar a fraude (material) e atua, tal qual a falsidade material e ideológica, no campo material;

- que a simulação não se confunde com a fraude à lei, pois, esta trata de ato ou negócio jurídico, querido, ou de complexo de atos ou negócios jurídicos queridos, havendo coincidência entre a vontade e a sua manifestação, enquanto o negócio em fraude à lei consiste em utilizar um tipo de negócio com o intuito de evitar as normas ditadas para outro negócio de que se pretende fugir;

- que na fraude à lei não se ataca diretamente a norma fraudada, mas se realizam atos tendentes a substituir uma norma que proíbe ou que obrigue uma dada conduta, para que em seu lugar se aplique outra, a denominada norma de cobertura e, portanto, a simulação nada tem a ver com norma que proíba ou obrigue uma dada conduta.

- que constatada a presença da simulação, o artigo 150 do CTN remete a apreciação da decadência para o artigo 173, inciso I, também do CTN, que determina que a decadência se conta a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, no caso, a partir de 2001;

- que, como neste caso, os fatos mais antigos ocorreram em 28/01/2000, não se operou a decadência, visto que, o lançamento se aperfeiçoou em 01.07.2005;

- que, independentemente da simulação, não ocorreu decadência, eis que não houve antecipação de pagamento do tributo, o que afasta a aplicação do art. 150, § do CTN;

- que quanto à exigência do IRRF, determina o inciso II, letra “b”, do artigo 685 do RIR de 1999, cuja base legal é o Decreto-Lei nº. 5.844, de 1943, artigo 100, Lei nº.3.470, de 1958, artigo 77, Lei nº. 9.249, de 1995, artigo 23, e Lei nº 9.779, de 1999, artigos 7º, e 8º, que ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X e XI do artigo 691, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte

por cento, a que se refere o artigo 245, estão sujeitos à incidência na fonte, à alíquota de vinte e cinco por cento;

- que o artigo 691, inciso IX, do Regulamento do Imposto de Renda, RIR de 1999, cuja base legal é a Lei nº 9.481 de 1997, artigo 1º, inciso IX, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532 de 1997, artigo 20, diz que os juros decorrentes de colocações no exterior, com autorização prévia do Banco Central do Brasil, de títulos de crédito internacionais com prazo médio de amortização de, no mínimo, 96 meses são tributados pelo imposto de renda na fonte à alíquota zero;

- que é incontroverso nos autos que os valores da planilha de fls. 28, referem-se a pagamentos feitos pela Interessada à sua subsidiária no Panamá, a título de juros decorrentes dos papéis internacionais, "fixed rate notes" emitidos ao amparo de autorização do BACEN e restou comprovado neste julgamento que os valores da planilha de fls. 20, referiram-se à liquidação parcial dos referidos papéis, com prazo médio de 48,9 meses, fls. 20;

- que neste contexto, devem ser tributados os juros remetidos com base no artigo 685, II, b, do RIR de 1999 (art. 8º da Medida Provisória nº 1.788 de 1998, convertida na lei nº 9.799 de 1999), o qual estabelece a alíquota de 25%, quando o beneficiário for residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, como é o caso do Panamá;

- que no que se refere à base de cálculo, a condição imposta pela lei para que houvesse a redução para zero foi que o prazo médio de amortização correspondesse, no mínimo, a 96 meses;

- que fora dessa hipótese, a alíquota do imposto de renda na fonte incidente sobre os juros, comissões, despesas e descontos decorrentes de colocações no exterior, previamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, de títulos de crédito internacionais, inclusive "comercial papers", auferidos no País, por residentes ou domiciliados no exterior, não fica reduzida para zero.

- que se trata de obrigação indivisível, de sorte que as remessas de juros devem ser tributadas integralmente, uma vez que não foi cumprida condição prevista em lei;

- que como a Interessada sempre alegou que não houve amortização do empréstimo inicial, e a regra é de que os juros sejam calculados sobre o valor remanescente, este se confunde com o valor total do empréstimo ou, em outras palavras, ainda que a lei tivesse previsto a proporcionalidade, a Interessada deveria ter comprovado e demonstrado como calculou os respectivos juros.

- que quanto à alegação de que, em fevereiro e março de 2004, a sua controladora no exterior Enersis Internacional, converteu as "fixed rate notes" em capital dela (da Interessada), neste caso, na condição de terceiro interessado, a referida empresa se sub-rogou na posição de credora.

- que no contexto das operações, a conversão dos títulos em aumento do capital da Interessada, promovida pela Enersis, antes de denotar que os recursos ficaram no País, contribui no sentido de se concluir que houve a liquidação dos títulos, uma vez que estaria extinta a obrigação;

- que, de qualquer forma, subsiste o que afirmou a Fiscalização às fls. 31, item 8.3.3, que esta alegação não afasta o fato de parte do empréstimo ter sido liquidado quando das remessas ao exterior;

- que quanto à capitalização dos juros incorridos, o artigo 685 do RIR de 1999, cuja base legal, é o Decreto-Lei nº.5.844, de 1943, artigo 100, Lei nº.3.470, de 1958, artigo 77, Lei nº. 9.249, de 1995, artigo 23, e Lei nº 9.779, de 1999, artigos 7º. e 8º., determina que os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à incidência na fonte.

- que o respectivo valor foi empregado em benefício da Interessada e, em termos de controle de divisas pelo BACEN, tal operação é tratada como remessa simbólica em relação à qual é assente na jurisprudência e na doutrina que incide o IRRF;

- que se tivesse ocorrido o pagamento antecipado de apenas US\$ 0,50, o prazo médio ponderado teria sido maior que 96 meses, uma vez que, como o nome indica, o valor do pagamento participa do cálculo;

- que quanto à alíquota aplicável, o artigo 1º da Lei nº 9.481 de 1997, com a redação dada pelo artigo 20 da Lei nº.9.532 de 1997, base legal do artigo 691, inciso IX, do RIR de 1999, reduziu para zero a alíquota do imposto de renda incidente sobre juros, comissões, despesas e descontos decorrentes de colocação no exterior, previamente autorizados pelo Banco Central do Brasil, de títulos de crédito internacionais, inclusive "commercial papers", desde que o prazo médio de amortização corresponda, no mínimo, a 96 meses;

- que o que o artigo 1º, da lei nº 9.959, de 2000, citado pela Interessada, fez foi aumentar para 15% a alíquota do imposto na fonte, a partir de 01-01-00, sobre os rendimentos previstos no artigo 1º. da Lei nº. 9.481, de 1997, com a redação dada pelo artigo 20 da Lei nº 9.532, de 1997, mas aos contratos vigentes em 31/12/99 ficou assegurado o tratamento tributário aplicável naquela data, ou seja, alíquota zero;

- que, portanto, não houve burla ao inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, aos artigos 144 e 178 do CTN, ou a qualquer outro princípio ou regra de qualquer instância, mesmo porque, não foi alterado o artigo 8º da Lei nº. 9.779 de 1999, base legal do artigo 685, II, b, do RIR de 1999, que instituiu a tributação na fonte à alíquota de 25%, em vez de 15%, sobre os rendimentos decorrentes de qualquer operação quando o beneficiário tiver domicílio em país considerado paraíso fiscal;

- que rendimento não tem o mesmo significado de ganho de capital, e, muito menos, de lucros ou dividendos de modo que, se, por exemplo, uma pessoa domiciliada em paraíso fiscal alienar participação societária ou outro bem para residente no País, e, houver, ganho de capital, a tributação será feita à alíquota de 15% prevista no artigo 685 do RIR de 1999, que dispõe que os ganhos de capital pagos por fonte situada no País a pessoa física ou jurídica residente no exterior estão sujeitos à incidência na fonte à alíquota de 15%.

- que os lucros ou dividendos de resultados apurados a partir de 01/01/96, ainda que distribuídos para beneficiário residente em paraíso fiscal, continuam isentos de tributação na forma do artigo 10 da Lei nº 9.249/95, pois lucros e dividendos não são rendimentos decorrentes de operações de que trata o artigo 8º da Lei nº 9.779/99 e, no caso de lucros ou dividendos de resultados apurados a partir de 01/01/96 e distribuídos para residentes no

exterior a matéria está disciplinada no artigo 692 do RIR de 1999, sem nenhuma ressalva quanto a paraísos fiscais, enquanto os rendimentos em geral estão disciplinados no artigo 685 com ressalva dos paraísos fiscais;

- que quanto à qualificação da multa, a simulação; com o objetivo de reduzir ou suprimir tributo, conforme caracterizada neste caso, constitui meio ardiloso de lesar o Fisco, isto é, fraudar;

- que tal conduta, portanto, estará sujeita à multa de cento e cinquenta por cento (150%), aplicada sobre a totalidade ou diferença do tributo omitido, nos dizeres dos artigos 71, 72 e 73, da Lei nº. 4.502 de 1964, referenciados pelo artigo 44, inciso II, da Lei nº. 9.430 de 1996.

Os fundamentos da decisão de primeira instância estão consubstanciados nas seguintes ementas:

JUROS. TRIBUTAÇÃO.

Os juros decorrentes de colocações no exterior, com autorização prévia do Banco Central do Brasil, de títulos de crédito internacionais com prazo médio de amortização inferior a 96 meses são tributados pelo imposto de renda na fonte à alíquota de 25%, se o beneficiário for residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento.

TRIBUTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. *Ocorrendo prazo médio de amortização inferior a 96 meses, o imposto de renda na fonte incide sobre os juros enviados. Artigo 1º., da Lei nº 9.481 de 1997, com a redação dada pelo artigo 20 da Lei nº 9.532 de 1997.*

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2004

Ementa: **FRAUDE À LEI. SIMULAÇÃO. DISTINÇÃO.** *A simulação não se confunde com a fraude à lei, (formal), pois, esta trata de ato ou negócio jurídico, querido, ou de complexo de atos ou negócios jurídicos queridos, havendo coincidência entre a vontade e a sua manifestação. Na fraude à lei o agente não ataca diretamente a norma fraudada, mas, sim, realiza atos tendentes a substituir uma norma que proíbe ou que obrigue uma dada conduta, para que em seu lugar se aplique outra, a denominada norma de cobertura.*

A simulação nada tem a ver com norma que proíbe ou obrigue uma dada conduta. Na simulação, o vício ocorre no campo material e é um meio de perpetrar a fraude, (material).

SIMULAÇÃO. FRAUDE. MULTA AGRAVADA. *Há simulação quando o contribuinte apresenta instrumento contratual e não comprova a sua efetiva realização, restando claro que tal conduta objetivou, em verdade, disfarçar sua real intenção de suprimir ou reduzir tributo.*

Recurso.

19

Cientificada da decisão de primeira instância em 06/03/2006 (fls. 1034), a Contribuinte apresentou, em 04/04/2006, o recurso de fls. 1039/1137 com as alegações e argumentos a seguir resumidos.

A recorrente, após resumir os fundamentos da Impugnação e da decisão de primeira instância, afirma que a turma julgadora de primeira instância não compreendeu adequadamente a matéria em debate.

Sustenta que a decisão de primeira instância modificou os fundamentos jurídicos da autuação ao adotar nas razões de decidir premissas diferentes das da autuação, em especial no que se refere à qualificação dos fatos como simulação absoluta, quando o fundamento da autuação seria de que teria ocorrido simulação relativa.

Assevera que a decisão de primeira instância se omitiu em relação a pontos suscitados na Impugnação, em síntese: o fato de o acórdão nº 103-11865, de 1991, invocado como fundamento da autuação servir, na verdade, como reforço à impugnação; a impossibilidade jurídica de se aplicar retroativamente o art. 167 do Código Civil de 2002; o Parecer nº 2737/CF do Procurador Geral da República no qual se sustenta que as disposições do art. 116 do CTN aplicam-se a qualquer caso de simulação; o fato de em 2001 e 2002 procedimento fiscal da SRF em relação a essas operações não ter apontado infração; o fato de o BACEN saber da emissão e venda dos "fixed rate notes", dos mútuos concedidos à Oversea e das remessas de juros, sem ter agido conforme prescreve o art. 880 do RIR; os fundamentos do Parecer de da lavra de Ricardo Lobo Torres.

Em decorrência dos fatos acima apontados, argúi a nulidade da decisão de primeira instância por incompetência da autoridade, cerceamento do direito de defesa e desrespeitos às garantias do devido processo legal, por supressão da primeira instância julgadora e ao contraditório.

Quanto ao mérito, a Recorrente reproduz, em síntese, as mesmas alegações e argumentos da impugnação. Reitera arguição de decadência em relação ao crédito tributário na quantia de R\$ 19.817.777,78, cujo fato gerador teria ocorrido em 28/01/2000, o qual já estaria extinto pela homologação tácita na data da lavratura do auto de infração; defende que a revisão do lançamento procedida pela 8ª Turma da DRJ/RJO I não se aplica aos fatos geradores ocorridos em 28/01/2000 e 01/08/2000, respectivamente, pois a ciência da decisão somente se deu em 06/03/2006; repete argumentos no sentido de que, se devido fosse o cálculo do imposto deveria ser efetuado à alíquota de 15% e não de 25% e que deveria guardar proporcionalidade coma parcela do empréstimo não paga antecipadamente. Contesta os fundamentos da decisão de primeira instância que diz não terem sido os mesmos da autuação.

Por fim, a própria Recorrente assim resume as razões da defesa:

(i) os Mútuos são contratos válidos e inconfundíveis com as "fixed rate notes", tanto que vêm sendo pagos pela mutuaria, como reconhecido pelo BACEN e as obrigações relativas àqueles títulos internacionais foram incorporados ao capital social da RECORRENTE, tendo o próprio BACEN concedido registro de capital estrangeiro;

(ii) a imposição da multa qualificada é estapafúrdia, pois os fatos em questão constavam claramente da escrituração da RECORRENTE, foram objeto de notas ao seu balanço publicado, deles tinha

20

conhecimento a CVM, o BACEN e a SRF, a qual, inclusive, se utilizou tão somente desses elementos para formalizar a imposição fiscal;

(iii) o lançamento se escora em impossível aplicação retroativa do artigo 167 do Novo Código Civil;

(iv) pretende, dissimuladamente, aplicar o parágrafo único do art. 116 do CTN, de eficácia limitada e sem executoriedade até os dias de hoje, o que torna nulo o lançamento.

(v) parte do crédito tributário discutido estava extinta por homologação antes de encerrado o procedimento fiscal;

(vi) a decisão recorrida é nula por ter se recusado a apreciar a maior parte dos argumentos de defesa submetidos ao seu exame;

(vii) a decisão recorrida é igualmente nula por modificar substancialmente os fundamentos da autuação;

(viii) ainda que houvesse plausibilidade no procedimento fiscal, o imposto deveria ser calculado à alíquota de 15% e não de 25% e, sobre a parte dos juros proporcional à parcela do capital que teria remanescido no País, dever-se-ia preservar a redução da alíquota a zero, referente ao inciso IX do artigo 691 do RIR/99.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Fundamentação

Os fatos que ensejaram a presente autuação estão detalhadamente expostos no relatório.

Examino, inicialmente, as arguições de nulidade. Inicialmente a de nulidade da autuação.

Aduz a Recorrente que a outorga de poderes às autoridades da administração pública para desconsiderar atos jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador ou aspectos a ele relativos, equiparando-os a outros de espécies diferentes, para aplicar-lhes normas tributárias incidentes sobre estes, somente encontra suporte no parágrafo único do artigo 116 do CTN; que o referido dispositivo é norma de eficácia contida, não podendo ser aplicado sem os procedimentos a serem estabelecidos pela lei ordinária nele prevista, do que resulta nulo ou insubsistente o auto de infração, em face do disposto no inciso I do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, que torna nulo os atos praticados por agente incompetente; que o parágrafo único do artigo 116 do CTN dispõe sobre casos de simulação absoluta e relativa, sendo esta também denominada na doutrina de dissimulação, o que é sabido e reafirmado pela própria fiscalização nestes autos.

Inicialmente, cumpre ressaltar que essa questão se confunde com o próprio mérito da matéria sob análise. É que no cerne dessa discussão está a definição da natureza jurídica do art. 116 do CTN, se trata de uma norma geral antielisiva ou se abrange também as hipóteses de simulação, sendo que a conclusão a respeito dessa matéria poderá implicar na procedência ou não do lançamento, quanto ao próprio mérito.

Não se trata, portanto, de questão a ser examinada como preliminar.

De qualquer forma, é de se ressaltar que o lançamento foi feito por Auditor Fiscal da Receita Federal, competente para tanto e, como o Recorrente não apontou nenhum outro fato que pudesse afastar essa competência, não vislumbro nulidade no lançamento, repetindo que a questão apontada, a possibilidade do lançamento em face do art. 116 do CTN, será examinada quando da análise do mérito.

Também alegou a Recorrente que o lançamento teria se baseado no art. 167 do Código Civil, aplicado ao caso retroativamente o que, também, ensejaria a nulidade do lançamento.

Não procede a alegação. O referido dispositivo foi mencionado no Relatório Fiscal num contexto em que se analisava o conceito de simulação e sua menção teve esse

claramente esse sentido, dado que ele, efetivamente, define as hipóteses de simulação, aspecto no qual, aliás, não inovou em relação ao artigo 102 do Código de 1916.

Tanto a Fiscalização não fundamentou a autuação no art. 167 do Código Civil que sequer esse dispositivo foi mencionado na sua fundamentação legal.

Quanto à nulidade da decisão de primeira instância, sustenta a Recorrente que a decisão modificou os fundamentos jurídicos da autuação ao adotar, nas suas razões de decidir, premissas diferentes das da autuação, em especial no que se refere à qualificação dos fatos como simulação absoluta, quando o fundamento da autuação seria de que teria ocorrido simulação relativa.

Assevera que a decisão de primeira instância se omitiu em relação a pontos suscitados na impugnação, em síntese: o fato de o acórdão nº 103-11865, de 1991, invocado como fundamento da autuação, servir, na verdade, como reforço à impugnação; a impossibilidade jurídica de se aplicar retroativamente o art. 167 do Código Civil de 2002; o Parecer nº 2737/CF do Procurador Geral da República no qual se sustenta que as disposições do art. 116 do CTN aplicam-se a qualquer caso de simulação; o fato de em 2001 e 2002 procedimento fiscal da SRF em relação a essas operações não ter apontado infração; o fato de o BACEN saber da emissão e venda dos "*fixed rate notes*", dos mútuos concedidos à Oversea e das remessas de juros, sem ter agido conforme prescreve o art. 880 do RIR; os fundamentos do Parecer de da lavra de Ricardo Lobo Torres.

Em decorrência dos fatos acima apontados, argúi a nulidade da decisão de primeira instância por incompetência da autoridade, cerceamento do direito de defesa e desrespeitos às garantias do devido processo legal, por supressão da primeira instância julgadora e do exercício do contraditório.

Sobre a modificação dos fundamentos da autuação, analisando o voto condutor do acórdão recorrido, não identifiquei tal fato. A autoridade lançadora entendeu que a Contribuinte, ao realizar as operações de mútuo o fez com o propósito de disfarçar o verdadeiro motivo da remessa dos recursos, qual seja, o resgate das "*fixed rate notes*". A Conclusão da decisão de primeira instância é no mesmo sentido.

O fato de a decisão recorrida concluir que se trata de simulação absoluta e não relativa de modo algum implica em mudança de critério jurídico do lançamento, cujo fundamento é o descumprimento da regra contida no art. 1º da lei nº 9.481, de 1997. Aliás, registre-se que a decisão recorrida embora, deveras, diga que a simulação é absoluta, refere-se ao fato de que o mútuo destinava-se a encobrir a verdadeira intenção do negócio: o resgate dos títulos, exatamente como afirmado na autuação.

Quanto à alegação de que a decisão deixou de analisar argumentos apresentados pela defesa, este Colegiado já teve oportunidade de assentar que o dever de fundamentar as decisões não implica na necessidade de rebater cada um dos argumentos apresentados na impugnação ou no recurso, bastando que fiquem claras as razões de decidir.

É evidente que se a autoridade julgadora de primeira instância entendeu que houve simulação, que a remessa de recursos se destinou a pagamento antecipado dos títulos, que o procedimento do Contribuinte configura evidente intuito de fraude e daí concluiu, que a alíquota aplicável é de 25% e que a base de cálculo deve ser o total dos valores remetidos e não apenas a parte proporcional ao pagamento antecipado, e todas essas conclusões, que levaram à

definição pela procedência do lançamento, foram devidamente justificadas, restaram atendidos os requisitos formais da decisão, quanto a esse aspecto.

Tanto é assim que a Recorrente exerceu normalmente o direito ao contraditório, opondo-se às conclusões do acórdão recorrido, no recurso que ora se examina.

Não vislumbro aqui violação ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa ou qualquer outro vício que possa ensejar a nulidade do lançamento ou da decisão de primeira instância.

Rejeito, pois, as preliminares de nulidade do lançamento e da decisão de primeira instância.

A Recorrente argüiu preliminar de decadência.

Aduz que o crédito tributário relativo à quantia de US\$ 19.817.777,78, cujo fato gerador teria ocorrido em 28/01/2000, já estava extinto por homologação tácita na data da lavratura do auto de infração, uma vez que o imposto de renda devido na fonte sobre rendimentos de residentes ou domiciliados no exterior ser tributo sujeito a lançamento por homologação, definido no artigo 150 do CTN, que, no seu parágrafo 4º, estabelece que será de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, o prazo para que o Fisco possa se pronunciar.

Inicialmente, quanto ao evidente intuito de fraude, que deslocaria o termo inicial de contagem do prazo decadencial, na hipótese do § 4º do art. 150 da Lei nº 9.430, de 1996, para o art. 173, I do CTN, a matéria se confunde com a análise do mérito. É que o próprio § 4º do art. 150, acima referido, faz ressalva quanto à hipótese de verificação de ocorrência de evidente intuito de fraude. Como, no caso, o lançamento impôs multa qualificada por ter considerado a autoridade lançadora presentes elementos configuradores do evidente intuito de fraude, a aplicação da regra do art. 150 requer o deslinde, inicialmente, dessa questão.

De qualquer forma, não compartilho da tese de que, nos casos de lançamento por homologação, o termo inicial de contagem do prazo decadencial seja a data de ocorrência do fato gerador.

Tenho claro que o prazo referido no § 4º do art. 150, do CTN refere-se à decadência do direito de a Fazenda revisar os procedimentos de apuração do imposto devido e do correspondente pagamento, sob pena de restarem estes homologados, e não decadência do direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento. Nesse sentido, o § 4º do art. 150 do CTN só pode ser acionado quando o Contribuinte, antecipando-se ao fisco, procede à apuração e recolhimento do imposto devido. Sem isso não há o que ser homologado.

Nos casos de omissão de rendimentos, não há falar em homologação no que se refere aos rendimentos omitidos. Homologação, na definição do festejado Celso Antonio Bandeira de Mello "é ato vinculado pelo qual a Administração concorda com ato jurídico já praticado, uma vez verificada a consonância dele com os requisitos legais condicionadores de sua válida emissão" (Curso de Direito Administrativo, 16ª edição, Malheiros Editores – São Paulo, p. 402). A homologação pressupõe, portanto, a prática anterior do ato a ser homologado. É dizer, não se homologa a omissão.

Com efeito, quando homologado tacitamente o procedimento/pagamento feito pelo contribuinte, não haverá lançamento, não porque tenha decaído o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário, mas porque não haverá crédito a ser lançado, posto que a apuração/pagamento do imposto feito pelo contribuinte será confirmado pela homologação.

Portanto, entendo que, no presente caso, independentemente da conclusão que se chegue quanto ao evidente intuito de fraude, não havia obstáculo para a apuração do imposto devido e, assim, o crédito tributário correspondente poderia ser lançado até o término do prazo previsto no art. 173, I do CTN.

Tratando-se de fato gerador ocorrido em 1999, o termo inicial seria, então, 1º/01/2000, podendo o lançamento ser efetuado até 31/12/2005. Considerando que a ciência do lançamento se deu em 1º/07/2005, não há falar em decadência.

Rejeito, portanto, a preliminar de decadência.

Quanto ao mérito, sustenta a Recorrente que não existe norma vedando a opção pela utilização de mecanismo jurídico menos oneroso para os contribuintes, não podendo o Fisco desconsiderar os negócios jurídicos praticados, sob o fundamento de possuírem conteúdo econômico de fato gerador de tributo, ante a falta de previsão legal para tanto.

Cumpram por em relevo, de início, dois aspectos relacionados à natureza dos fatos aqui analisados e que foram poucos referidos até agora, mas que são relevantes para a compreensão da matéria em discussão.

O primeiro, de que a Recorrente figura na condição de sujeito passivo na relação tributária que ensejou a presente autuação como responsável (como fonte pagadora) e não como contribuinte, conforme definição que repousa no parágrafo único do art. 121, do CTN, *verbis*:

Art. 121. sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerado;

II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorre de disposição expressa de lei.

A Recorrente não tem relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador: a disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza. Quem tem tal relação, no caso, é a subsidiária estrangeira CERJ Oversea. A obrigação da ora recorrente de reter e recolher o imposto decorria diretamente da lei.

Essa responsabilidade da fonte pagadora, no caso de pagamento de juros e outros rendimentos por pessoas residentes no País para fontes situadas no exterior está dispersa em várias normas, que estão assim consolidadas no art. 685 do RIR/99, *verbis*:

Art. 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, estão sujeitos à

incidência na fonte (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 100, Lei nº 3.470, de 1.958, art. 77, Lei nº 9.249, de 1995, art. 23, e Lei nº 9.779, de 1999, arts. 7º e 8º.

O segundo aspecto é que não se discute aqui a ocorrência ou não do fato gerador da obrigação tributária, é dizer, a disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza. A remessa dos rendimentos ao beneficiário no exterior constitui, efetivamente, essa disponibilidade e, portanto, a realização, no plano concreto, da hipótese prevista na norma como suficiente ao nascimento da obrigação tributária.

O que se discute neste processo é a incidência ou não, no caso concreto, de uma norma, excepcional, o art. 1º, IX da Lei nº 9.481, de 1997, que reduz a zero a alíquota aplicável na apuração do imposto devido, sujeito à retenção na fonte, no caso de remessa de juros e outros encargos financeiros relacionados a títulos de crédito internacionais colocados no exterior, desde que o seu prazo médio de amortização seja superior a 96 meses, a saber:

Art. 1º A alíquota do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos, no País, por residentes ou domiciliados no exterior, fica reduzida para zero, nas seguintes hipóteses:

(...)

IX – juros, comissões, despesas e descontos decorrentes de colocação no exterior, previamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, de títulos de crédito internacionais, inclusive comercial papers, desde que o prazo de amortização corresponda, no mínimo, a 96 (noventa e seis) meses.

E aí é relevante compreendermos a natureza dessa norma excepcional. Na peculiar linguagem de Paulo de Barros Carvalho, esse tipo de norma atinge o critério quantitativo do antecedente da regra-matriz de incidência do imposto sem, contudo, aniquilá-la de todo, à semelhança do que acontece com as normas de isenção tributária, que atuam, ora sobre o antecedente, ora sobre o conseqüente da regra-matriz.

Sobre esse fenômeno, Paulo de Barros Carvalho diz o seguinte:

Importa referir que o legislador muitas vezes dá ensejo ao mesmo fenômeno jurídico de reencontro normativo, mas não chama a norma mutiladora de isenção. Não há relevância, pois aprendemos a tolerar as falhas no produto legislativo e sabemos que somente a análise sistemática, iluminada pela compreensão dos princípios gerais do direito, é que poderá apontar os verdadeiros rumos da inteligência de qualquer dispositivo de lei.

É o caso da alíquota zero. Que expediência legislativa será essa que, reduzindo a alíquota a zero, aniquila o critério quantitativo do antecedente da regra-matriz do IPI? A conjuntura se repete: um preceito é dirigido à norma-padrão, investindo contra o critério quantitativo do conseqüente. Qualquer que seja a base de cálculo, o resultado será o desaparecimento do objeto da prestação. Que diferença há em inutilizar a regra de incidência, atacando-a num critério ou noutro, se todos são imprescindíveis à percussão tributária? Nenhuma. No entanto, o legislador designa de isenção alguns casos, porém, em outros, utiliza fórmulas estranhas, como se não se tratasse

26

do mesmo fenômeno jurídico.” (Carvalho, Paulo de Barros – Curso de Direito Tributário - 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991 (pág. 329/330).

É precisamente o que se deu neste caso. Ocorreu o fato gerador, entretanto, a norma excepcional, que reduz a zero a alíquota, faz desaparecer o objeto da prestação. Essa consequência, entretanto, o desaparecimento do objeto da prestação, está vinculada a uma situação especificamente definida na norma, no caso, que a remessa se destine a pagamentos de juros e outros encargos decorrentes da colocação de títulos com prazo médio de amortização superior a 96 meses.

Pois bem, dessas duas observações decorrem duas consequências fundamentais para a compreensão da matéria em litígio.

A primeira, de que não é certo afirmar que o Fisco, ao proceder ao lançamento, desconsiderou ato ou negócio jurídico atribuindo-lhe conteúdo econômico de fato gerador do imposto. Tal conceito não se aplica a este caso, pois, como acima explicitado, o fato gerador efetivamente ocorreu. O que se tem aqui é que a autoridade lançadora entendeu que não foi atendida a condição imposta na lei para a incidência da norma excepcional, qual seja de que a remessa dos recursos refira-se a juros de título com prazo médio de amortização superior a 96 meses.

A segunda consequência é que não é válido neste caso o argumento de que a Recorrente, ao realizar a operação de mútuo ao invés de resgatar as *fixed rate notes* estaria apenas exercendo a sua liberdade negocial, buscando pagar menos imposto, pois, como já demonstramos, a Recorrente é mera responsável pela retenção e recolhimento do imposto e, portanto, não poderia economizar um imposto que não deve, do qual é mera repassadora.

É interessante, nesse ponto, delimitarmos, conceitualmente, o campo de ação das normas gerais antielisivas. Segundo o Professor Alberto Xavier, *“as cláusulas gerais antielisivas são normas que têm por objetivo comum a tributação, por analogia, de atos ou negócios jurídicos extratípicos isto é, não subsumíveis ao tipo legal tributário, mas que produzem efeitos econômicos equivalentes aos dos atos ou negócios jurídicos típicos sem, no entanto, produzirem as respectivas consequências tributárias.”* (Xavier, Alberto – Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva – São Paulo: Dialética, 2001 – p. 85).

Isto é, nem sempre a requalificação dos atos praticados pelo sujeito passivo, com conseqüente exigência de tributo, configura aplicação de norma antielisiva. Ainda segundo Alberto Xavier, os pressupostos para a aplicação da norma antielisivas são três, a saber:

Uma análise comparativa das leis reguladoras de cláusulas gerais antielisivas revela que são três, na sua essência, os pressupostos cumulativos da admissibilidade do recurso à analogia: (i) a livre opção pela prática de um ato ou negócio jurídico ou conjunto de atos ou negócios jurídicos não tipificados pela referida norma tributária (ou tipificados por outra norma tributária de regime menos oneroso); (ii) a obtenção através deste ato ou conjunto de atos de um resultado econômico equivalente ao do ato ou negócio tributado ou mais onerosamente tributado; (iii) o fim elisivo, consistente em subtrair o ato praticado ou o conjunto de atos praticados do âmbito da aplicação da norma. (Xavier, Alberto – op. cit. P. 88).

A norma antielisiva permite, então, a aplicação ao ato extratípico, efetivamente praticado, da norma tributária aplicável ao ato típico, de feito equivalente, o qual o contribuinte pretendia quis evitar.

Ainda sobre esse ponto, é útil trazermos à colação exemplo apresentado por Alberto Xavier de alguém que, querendo fugir de um mútuo (que seria tributado) vende ações pelo preço equivalente ao do mútuo com promessa de recompra pelo seu valor, acrescido dos juros. Veja-se:

Com essa operação as partes atingem um resultado jurídico-econômico equivalente ao de um mútuo, utilizando, de modo verdadeiro e não simulado, modelos contratuais não tipificados na norma tributária (contratos de compra e venda), utilizando essa adotada com o fim de evitar a aplicação da norma que prevê a tributação das operações de mútuo.

Na sua essência mais simples do que se trata é da escolha, feita pelo particular, em vez de um modelo jurídico – considerado fato típico pela lei tributária – de um outro modelo de ato jurídico considerado fato extratípico pela mesma lei tributária (ou considerado fato típico menos oneroso fiscalmente).

É claro que a possibilidade de escolha está, na prática, limitada pela necessidade de adequação da causa-função do ato extratípico ao escopo prático visado pelo sujeito. O fim imediato do autor do ato jurídico não é, por capricho, subtrair-se ao âmbito de aplicação de uma norma tributária – é realizar a operação concreta que atende aos seus interesses especiais, seja um mútuo, uma compra e venda, uma redução de capital ou uma distribuição de dividendo. E realizá-la de modo legal face ao Direito Privado, de modo que a segurança jurídica do negócio que realmente pretende não possa ser afetada pela escolha de caminhos inválidos ou ilícitos.

Em tese, referida liberdade de escolha só existe se o Direito Privado prevê modelos ou tipos de atos jurídicos não tipificados em norma tributária cuja causa-função permita atingir legal, válida e lícitamente efeitos jurídicos equivalentes aos do modelo ou tipo de ato jurídico tipificados em norma tributária.

O que as cláusulas gerais antielisão pretendem é o seguinte: se o ato jurídico extratípico (escolhido) produz efeitos jurídicos-econômicos equivalentes aos do ato típico (preterido ou não realizado) e se a escolha foi motivada pelo fim (exclusivo ou preponderante) de subtrair o ato jurídico extratípico do âmbito de aplicação da norma tributária que prevê o ato típico, é permitido ao órgão de aplicação do Direito considerar esse ato relativamente ineficaz ou inoponível, de modo a poder aplicar por analogia a norma tributária ao ato extratípico de efeito econômico equivalente.

O que está em causa não é a validade ou licitude do ato jurídico extratípico que subsistirá, como ato legal e lícito que é, plenamente eficaz no plano do Direito Privado. O que está em causa, isto sim, é a tributação do ato extratípico por analogia, tornando assim irrelevante para efeitos fiscais a opção tomada pelos particulares.



Enquanto nos casos de simulação relativa pretende tributar-se um negócio real, embora dissimulado, nas cláusulas gerais antielisivas pretende tributar-se um negócio que não se realizou, mas que hipoteticamente teria sido realizado se o sujeito ou os sujeitos não tivessem optado pela alternativa negocial efetivamente adotada. Em suma: pretende tributar-se um ato hipotético, um não ato ou um ato por ficção legal. Pretende tributar-se um negócio que não se fez, nem nunca se quis fazer. (Xavier, Alberto – op. cit. pág. 90/91).

Ora, neste caso não se tem nada parecido com isso. Não se trata aqui de utilização de negócio extratípico com o fim de obter resultado equivalente ao negócio típico. Com um mútuo jamais se obtém resultado econômico equivalente ao de pagamento ou resgate de título.

Por outro lado, o conceito de planejamento tributário, por óbvio, não comporta o planejamento da economia de tributos de terceiros e, no caso, se benefício houve para a fonte pagadora, este foi indireto. Uma vez que, de fato, quem suporta o ônus desse tributo é o tomador do crédito.

Essa última afirmação só tem sentido, entretanto, numa apreciação econômica dos fatos, jamais numa apreciação jurídica. E é precisamente essa apreciação econômica que informa a norma excepcional. Isto é, ao reduzir a zero a alíquota do imposto, a Lei tem como destinatário o tomador do crédito, que coincide com a fonte pagadora. É dizer, partindo da premissa de que, quem suporta o ônus do tributo, de fato, é o tomador de crédito, a lei oferece um benefício da redução a zero da alíquota do imposto, se e somente se o tomador colocar no mercado internacional títulos com prazo médio de amortização superior a 96 meses.

O que a Contribuinte fez, neste caso, foi lançar mão de um artifício para viabilizar a devolução dos recursos captados no exterior sem, formalmente, liquidar antecipadamente a operação de crédito anterior, realizando, com sua subsidiária, uma operação de mútuo. As opções possíveis aqui se resumem a duas: ou se considera legítima a operação de mútuo, e aí não se considerará a liquidação do crédito ou se considerará a operação de mútuo ato simulador da verdadeira natureza da remessa.

O Fisco sustenta que foi simulação, que houve resgate antecipado dos títulos e, portanto, o prazo médio de amortização foi inferior aos 96 meses e, conseqüentemente, foi violada a condição para o gozo do benefício.

Defende-se a Recorrente dizendo que simulação não houve, pois desejou realizar autênticos contratos de mútuo, por meio do qual pretendia dar condições financeiras para que a sua subsidiária honrasse o empréstimo feito em instituição financeira internacional e que os contratos de mútuo vêm sendo honrados com o pagamento antecipado de alguns deles. Aduz que as operações foram registradas e dela foi dado pleno conhecimento a todas as autoridades de controle, como CVM e BACEN.

Diz que os negócios considerados pela fiscalização como “travestidos de mútuos” não foram em absoluto celebrados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato ou circunstância que ensejasse a cobrança de tributo, mas eram mútuos de fato e de direito, cursados em moeda nacional através de bancos de primeira linha, em consequência da imposição de circunstâncias de conhecimento público, alheias à sua vontade, não havendo discrepância entre a vontade querida e o ato exteriorizado por ela e sua subsidiária; que os

29

contratos de mútuos são autônomos em relação às *fixed rate notes*, dotados de objetivos, propósitos negociais efetivos e outras características inconfundíveis. Aduz, também, que a autoridade administrativa não poderia desconsiderar o negócio praticado para exigir o tributo, pois tal atitude só seria possível com a aplicação do art. 116, parágrafo único, do CTN que, no entanto, por falta de norma regulamentadora, não poderia ser aplicada.

Pois bem, em matéria de negócios jurídicos, há simulação quando se verifica um descompasso consciente e preordenado entre a declaração e a vontade. A Declaração, manifestada por meio de atos formais indicam a realização de um determinado negócio jurídico, uma compra e venda, um empréstimo, uma doação, quando, na verdade, as partes não pretendem realizar negócio jurídico algum ou pretendem um outro negócio. Na simulação cria-se uma aparência de negócio jurídico, sem a existência efetiva de negócio algum (simulação absoluta) ou então se cria essa aparência para ocultar um negócio que realmente se deseja (simulação relativa). Em ambas as hipóteses há um evidente descompasso entre a causa pela qual o negócio jurídico foi criado e o objetivo colimado pelas partes.

José Carlos Moreira Alves nos ensina que

A causa do negócio jurídico nada mais é do que a finalidade econômica prática a que visa à lei quando cria um determinado negócio jurídico. Assim, por exemplo, na compra e venda, a causa do negócio jurídico é a troca da coisa pelo dinheiro (preço); no contrato de locação, é a troca do uso da coisa pelo dinheiro (aluguel). Essa causa nada mais é, em última análise, do que uma causa objetiva que traduz o esquema que a lei adota para cada figura típica, como é a compra e venda, como é a locação. Já o motivo, não. O motivo é de ordem subjetiva das partes que se utilizam de determinado negócio jurídico. Por exemplo, uma pessoa pode utilizar-se do contrato de compra e venda para adquirir alguma coisa com – e é o motivo – a finalidade subjetiva de desfazer-se dessa coisa. Enfim, o motivo, as finalidades subjetivas, que não se confundem, com aquela causa que é objetiva e que diz respeito ao esquema do próprio negócio jurídico, como é o caso da troca do preço pela coisa em se tratando de compra e venda. (Moreira Alves, José Carlos – AS Figuras Correlatas da Elisão Fiscal. Em: Fórum de Direito Tributário – v.I, n.I – jan/fev 2003 – Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003. pág. 12).

Um exemplo de simulação relativa que nos dá Moreira Alves é o do marido, que não podendo fazer uma doação à sua concubina, simula uma compra e venda, e não recebe o preço ou recebe valor simbólico, para que essa compra e venda oculte uma doação. Ora, a causa do negócio jurídico da compra e venda é a troca do bem pelo seu valor correspondente em dinheiro (o preço) e não a transferência graciosa do bem a um terceiro, que é a doação. No exemplo, o objetivo para o qual o negócio da compra e venda existe está em evidente desconformidade com a finalidade para a qual foi utilizada. Já um exemplo de simulação absoluta é o da pessoa que, endividada e na iminência de sofrer a indisponibilidade de seus bens, simula a venda para uma pessoa de sua confiança e que, após algum tempo, passado o perigo, lhe devolver o bem. Aqui a causa do negócio jurídico é a transferência do domínio da coisa a uma terceira pessoa em troca do seu preço, entretanto, criou-se aqui apenas a aparência dessa transferência de domínio.

Na simulação, portanto, tem-se um negócio jurídico formalmente realizado, mediante a lavratura de instrumentos e a prática de atos formais próprios desse tipo de negócio,



com o propósito de induzir terceiros a pensar que se realizou um determinado negócio quando, na verdade, as partes estão realizando um outro negócio jurídico ou não estão realizando negócio algum, mas apenas a sua aparência.

Assim, como bem resume Moreira Alves,

Três são os requisitos da simulação. Para que haja simulação, é preciso, primeiramente, que exista divergência entre a vontade interna e a vontade manifestada. A vontade interna na simulação absoluta, por exemplo, é aquela, no exemplo dado, de livrar uma parcela do nosso patrimônio do confisco. Já a vontade manifestada é a da transferência do direito de propriedade daquilo que continua no nosso domínio. Em segundo lugar, é preciso que o acordo simulatório ocorra entre as partes, havendo, portanto, necessidade de um acordo. Conseqüentemente, ambas as partes sabem exatamente o que estão fazendo. Finalmente, esse negócio simulado há de ter por objetivo enganar terceiros estranhos a esse ato simulado. (Moreira Alves, José Carlos. op. cit. pág. 13)

Também é interessante deixar assentado, por relevante, que a simulação relativa e a dissimulação se referem à mesma realidade. Na definição de Washington de Barros Monteiro:

Cumpre não confundir simulação com dissimulação. Distinguiu-as Ferrara nos seguintes termos: na simulação, faz-se aparecer o que não existe, na dissimulação oculta-se o que é; a simulação provoca a crença falsa num estado não-real, a dissimulação oculta ao conhecimento dos outros uma situação existente....Mas em ambas, o agente quer o engano: na simulação quer enganar sobre a existência de uma situação não-verdadeira, na dissimulação, sobre a existência de situação real. Se a simulação é um fantasma, a dissimulação é uma máscara. (Citado por Ricardo Lobo Torres em Normas Gerais Antielisivas. In Fórum de Direito Tributário – v.I, n.I –jan/fev 2003 – Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003. pág. 117).

Pois bem, sendo a simulação um descompasso entre a vontade e a declaração, questão relevante é como um terceiro poderia comprovar esse fato. Por certo, na simulação, relativa ou absoluta, os agentes não produzem documentos que registrem a finalidade para a qual o negócio foi utilizado, e se o fazem certamente não os trazem a público; por outro lado, tendem a produzir farta documentação que evidenciam a realização do negócio aparente, os quais, por certo, fazem questão de tornar disponíveis.

Não é por outra razão que venho insistindo no argumento de que, para se verificar a ocorrência ou não de simulação ou de outros tipos de vícios ou defeitos do negócio jurídico, como a fraude à lei ou o abuso de direito, analisar os negócios apenas do ponto de vista formal, dos documentos produzidos pelas partes, sem um aprofundamento nas circunstâncias que envolvem esse negócio, é um erro primário, contrário ao mínimo de racionalidade, pois ao assim proceder se alcançará somente a vontade declarada, que é exatamente o que pretendem os simuladores. Ora, se na simulação há um descompasso entre a vontade declarada e a vontade real, e esta última não está traduzida nos documentos produzidos pelas partes, é evidente que aí nada se encontrará senão aquilo que as partes querem que seja encontrado.

Peço vênia, para reproduzir considerações que já fiz sobre esse ponto em outro voto:

Em casos de simulação, por exemplo, que se define pela discrepância entre a vontade e a declaração, se analisarmos os atos ou negócios jurídicos apenas do ponto de vista dos efeitos jurídicos próprios desses atos, vistos isoladamente, não se verá qualquer vício. No caso de negócios praticados com fraude à lei, da mesma forma, uma análise limitada aos seus aspectos formais, jamais identificará o desvio, que, por definição, se caracteriza pela violação do espírito da lei (mens legis) e não da letra da lei (verba legis).

A doutrina e a jurisprudência apontam diversas situações em que, ainda que os negócios jurídicos, vistos de forma isolada, atendam às formas típicas, prescritas em lei, não são oponíveis ao Fisco, por estarem contaminados pelas chamadas patologias jurídicas, na feliz expressão de Marco Aurélio Grego, tais como a simulação, a fraude à lei ou o abuso do direito.

Portanto, limitar a análise dos casos concretos apenas à observância dos aspectos formais dos atos ou negócios jurídicos, de sua conformidade com a letra da lei, data vênia, não dá conta de responder à questão da oponibilidade, ou não oponibilidade, ao Fisco, desses atos ou negócios jurídicos, que é o cerne da questão de que se cuida neste processo. (Declaração de voto no acórdão nº 104-21.953, de 18/10/2006).

Mas subsiste a questão: como a simulação pode ser comprovada? Silvio de Salvo Venosa, no seu Curso de Direito Civil faz algumas ponderações a esse respeito que merecem ser aqui reproduzidas:

É difícil e custosa a prova da simulação. Por sua própria natureza, o vício é oculto. As partes simulantes procuram cercar-se de um manto para encobrir a verdade. O trabalho de pesquisa da prova deve ser meticulosa e descer a particularidades.

Raramente, surgirá no processo a chamada "ressalva" (contracarta ou contradocumento, documento secreto), isto é, documento que estampa a vontade real dos contratantes e tenha sido elaborado secretamente pelos simulantes. Em razão disso, devem as partes prejudicadas recorrer a indícios para a prova do vício.

O intuito da prova da simulação em juízo é demonstrar que há ato aparente a esconder ou não outro. Raras vezes, haverá possibilidade da prova direta. Os indícios avultam de importância. Indício é rastro, vestígio, circunstância suscetível de nos levar, por via de inferência, ao conhecimento de outros fatos desconhecidos.

(...)

É importante, para concluir pela simulação, estabelecer um quadro, o mais completo possível, de indícios e presunções. São indícios palpáveis para a conclusão positiva de simulação: parentesco e/ou amizade íntima entre os contratantes; preço vil dado em pagamento para coisa valiosa; falta de possibilidade financeira do adquirente (...);

o fato de o adquirente não ter declarado na relação de bens, para o Imposto de Renda, o bem adquirido.

Um dos principais indícios da simulação é a pesquisa da causa simulandi. A primeira pergunta que deve fazer o julgador é: possuíam os contraentes motivo para praticar um ato simulado? Assim como o criminoso tem um móvel para o crime, os simuladores têm um móvel para a prática do negócio viciado.

Uma segunda pergunta que se deve fazer no exame de um caso de simulação é: possuíam os contraentes necessidade de praticar o negócio simulado? Tal necessidade pode ser de variada natureza. O caso concreto dará a resposta.

A resposta afirmativa a essas duas questões induz o juiz a decidir pela existência da simulação. (Venosa, Silvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral – 4ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2004 – (Coleção Direito Civil – vol. 1), pág. 499/500).

Feitas essas considerações, passo, então, a analisar os fatos relativos a este processo, e o faço tomando como referência os três requisitos da simulação antes referidos.

Sobre o descompasso entre a vontade e a declaração, cumpre verificar se o motivo determinante da remessa dos recursos para a subsidiária da Recorrente é compatível com a causa do negócio jurídico do mútuo. Conforme os artigos 1.256 e 1.257 do Código Civil de 1.916, reproduzidos nos art. 586 e 587 do código de 2002, o mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis, mediante o qual o mutuante transfere ao mutuário o domínio da coisa, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a transição, veja-se:

Art. 1.256. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Art. 1.257. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.

Sustenta a Recorrente que o negócio de mútuo não guarda relação com as *fixed rate notes*. Os fatos, entretanto, desmentem essa afirmação, senão vejamos.

É incontroverso que a origem dos recursos enviados pela Recorrente para a Oversea, a título de empréstimo, foram captados no mercado financeiro interno, de diversas instituições financeiras, conforme contrato de fls. 128, cláusula 1.5. Analisando esse contrato, chama a atenção o fato, já destacado pela decisão recorrida, de que, entre suas cláusulas, constava a obrigação de que os recursos emprestados, necessariamente, deveriam ser destinados ao pagamento do *Credit Agreement* feito pela Overseas, podendo a tomadora pagar diretamente ou fazer com que sua subsidiária pagasse o empréstimo, *verbis*:

NESTE ATO, o devedor obriga-se incondicional e irrevogavelmente a exclusivamente utilizar os recursos a ele desembolsados pelos credores nos termos deste contrato para amortizar ou fazer com que a subsidiária amortize o saldo devedor da dívida da subsidiária decorrente do contrato de empréstimo em língua inglesa denominado

"credit agreement" celebrado em abril de 1.998 e com vencimento em 06/10/1998...

Essa cláusula demonstra que os recursos enviados pela Recorrente a sua subsidiária se destinavam ao pagamento do *Credit Agreement*, embora os contratos de mútuo não trouxessem cláusula nesse sentido. Esse fato, aliás, não é negado pela Recorrente que admite que o empréstimo para a subsidiária foi feito para que essa pudesse honrar seus compromissos.

Registre-se, entretanto, que, conforme sustentado pela própria Recorrente, a emissão das *fixed rate notes* e sua aquisição pela Overseas foi a forma encontrada para viabilizar a captação de recursos no exterior, nas circunstâncias do mercado de então e para a finalidade a que se destinava essa captação, a participação em leilão de privatização. A própria Recorrente assim justificou essa operação, no seguinte trecho de sua impugnação:

Em decorrência, portanto, do caráter aleatório inerente a qualquer leilão, é impossível, tanto do ponto de vista financeiro, quanto do operacional, contratar os aludidos empréstimos, ou emitir e colocar título no mercado com vencimento a longo prazo antes do conhecimento do resultado da licitação.

À vista dessa realidade, o único procedimento legítimo capaz de adequar os fluxos financeiros indispensáveis à concretização de negócios com tal característica de risco, foi o adotado pela universalidade das empresas participantes de leilões de privatização, e que consistia na constituição de sociedade controlada no exterior, a qual:

- a) celebraria acordos firmes com instituições financeiras estrangeiras, que lhe assegurasse empréstimo a curto prazo de determinada quantia ("empréstimo-ponte"), caso sua controladora vencesse a licitação de privatização das ações;*
- b) ocorrendo esse evento, adquiriria os títulos de crédito internacionais de longo prazo emitidos por sua controladora, com os recursos obtidos na forma da letra 'a', no regime de "private placement", garantindo à emissora os meios necessários ao cumprimento do seu compromisso;*
- c) Reestruturaria sua dívida de curto prazo colocando no exterior outros títulos de crédito internacionais de longo prazo, a fim de obter recursos para saudar o "empréstimo ponte".*

Assim também atuaram a AMPLA e a Overseas, tendo os recursos obtidos pela primeira com a venda das fixed rate notes à segunda ingressado no país e sido utilizados no aumento do capital social de pessoa jurídica sediada no Brasil, com o propósito específico de permitir a aquisição de ações da COELCE.

Como se vê, resta claro que a participação da Overseas na operação se justificou apenas pelo propósito de fazer com que os recursos captados no exterior, a curto prazo, ingressassem no país como operação de longo prazo, o que, embora não dito expressamente, não teria outro propósito senão o de viabilizar as condições para o gozo do benefício de que trata o inciso XI, do art. 1º da Lei nº 9.481, de 1997. Somente isso justificava a participação da subsidiária estrangeira, pois nada impediria que a Recorrente captasse, diretamente, recursos de

curto prazo e ela própria rolasse essa dívida. Afinal, no caso, de fato, a devedora é a Recorrente, que figura como garantidora e principal devedora no contrato de *Credit Agreement*.

Ocorre que, diferentemente do que descrito no esquema acima, a tal reestruturação da dívida não se deu pela captação de recursos no exterior, mas, em grande parte, pela captação de recursos no mercado interno. Os recursos enviados para a subsidiária se destinavam, portanto, à devolução de recursos captados pela Recorrente por intermédio de sua subsidiária, no mercado externo, conforme esquema acima descrito. Isto é, os recursos captados de instituição financeira internacional por intermédio de sua subsidiária agora faziam o caminho de volta.

Esse fato, aliás, também é admitido pela própria Recorrente no seguinte trecho do seu recurso. Após justificar a impossibilidade de cumprimento do esquema anteriormente planejado em função de crise financeira internacional, diz a Recorrente:

Era inevitável então, que a RECORRENTE, como garantidora da obrigação contraída pela Overseas, impedisse a insolvência de sua controlada, fornecendo-lhe fundos para saldar o Credit agreement 1, do que resultou a concessão dos mútuos em comento, mediante TIR's cusasadas em contas bancárias de instituições financeiras de não-residentes no Brasil, que mantêm relação de correspondência com o banco brasileiro depositário dos recursos, de forma habitual, expressiva e recíproca, como previsto na Circular BACEN nº 2.677/96, sem afetar a relação jurídica perfeita constituída com a venda das fixed rate notes.

O que se verifica, portanto, é que, assim como a emissão das “fixed rate notes” foi um artifício para viabilizar a remessa dos recursos para a Recorrente como operação de longo prazo, garantindo a condição para o gozo do benefício da alíquota zero, pois, por esse esquema, conforme planejado, não haveria resgate do título antes dos 96 meses. Por sua vez, o mútuo em questão também foi um artifício para devolver os recursos antes do prazo de 96 meses, preservando, artificialmente, as condições para a permanência no gozo do benefício fiscal da alíquota zero.

Mas, se como insistentemente afirmado, a aquisição da *fixed rate notes* foi o meio utilizado para transferir para a Recorrente os recursos captados pela Overseas por meio do “Credit Agreement”, a remessa de recursos para pagamento do “Credit Agreement” teria que ocorrer com o resgate das “fixed rates notes”; se o objetivo da remessa para a subsidiária era que essa liquidasse sua dívida com a instituição financeira internacional, esses recursos deveriam fazer o mesmo caminho de volta. Por outro lado, se a transferência dos recursos se destinava à liquidação do “Credit Agreement” pela Overseas, com que recursos a subsidiária honraria o mútuo, senão com recursos da própria mutuante, já que aquela não tem fonte própria de recursos?

Em defesa da regularidade da operação de mútuo, a Recorrente afirma na impugnação e repete no recurso que o mesmo vem sendo honrado regularmente pela sua Subsidiária. Com vistas à verificação desse fato, a primeira instância determinou a realização de diligência com o propósito de intimar a Recorrente a comprovar a efetividade dos pagamentos dos juros previstos nos contratos de mútuo (fls. 555/556). Intimada (fls. 559), a Recorrente nada apresentou, limitando-se a se referir aos documentos de fls. 521/536 que já havia apresentado com a impugnação, fazendo menção específica a carimbos apostos pela

instituição financeira que realizou as respectivas operações de câmbio, a recibos e a planilhas com a demonstração dos cálculos dos valores pagos.

A decisão de primeira instância não considerou esses documentos suficientes para comprovar a efetividade dos pagamentos e observou que os tais carimbos *“referem-se tão-somente a fechamento de câmbio, não havendo como comprovar que efetivamente referem-se à liquidação dos supostos contratos de mútuo, isto é, que tais valores foram remetidos da subsidiária no Panamá e ingressaram no patrimônio da Interessada”* e os demais documentos são da lavra das próprias partes envolvidas, sem registros que lhe confirmem capacidade de prova perante terceiros.

Contra essas conclusões insurge-se a Recorrente manifestando indignação contra o que afirma ter sido a insinuação de que teria forjado os documentos o que classifica como inaceitável por ferir o princípio da presunção de inocência, por não ter a autoridade julgadora explicitado as circunstâncias em que se baseou para levantar essas suspeitas, pelo fato de as operações serem do conhecimento do Banco Central, que auditores da Receita Federal já haviam analisado anteriormente os contratos de câmbio e não identificaram irregularidades e que *“não é da índole dos administradores da Recorrente conduzir a companhia desse modo”*. Além dessas considerações, contudo, a Recorrente não apresentou nenhum outro elemento de prova da efetividade dos pagamentos do mútuo em questão.

Ora, apesar da manifestação indignada da Recorrente, é inegável que os documentos apresentados não se prestam a comprovar a efetividade das referidas transferências. Os documentos de fls. 528 e 532 são meros carimbos com anotações apostos em folhas branco, sem identificação das partes e que podem indicar apenas controles internos de determinadas operações, mas jamais configurar prova, perante terceiros, de operações financeiras, mormente envolvendo vultosas quantias, como neste caso. Da mesma forma, as planilhas que, conforme afirmado pela decisão de primeira instância, são produzidas pela própria Recorrente, certamente não se prestam como prova.

Mesmo assim, o que os documentos em questão mostram é que as referidas operações de câmbio teriam se realizado em datas totalmente destoantes com os períodos de vencimento dos juros e com os valores devidos a cada período. Senão vejamos.

Segundo a planilha de fls. 534, o primeiro pagamento de juros teria se dado em 17/08/1999 referente a vencimento em 29/03/1999, tendo sido pago o valor de R\$ 853.500,000, em multa, quando o valor devido, no vencimento, seria R\$ 853.151,04; o pagamento seguinte teria se dado apenas em 02/08/2001 referente a quatro datas de vencimentos anteriores, sendo a última em 28/03/2001, sendo mais uma vez o pagamento sem multa. Novos pagamentos teriam sido feitos em 29/10/2001 e 03/06/2002 referente a juros vencidos em 29/09/2001 e 29/03/2002, respectivamente, ambos sem acréscimo de multa; finalmente, em 05/07/2002 teriam sido pagos o principal, juros até essa data e as multas referentes aos períodos anteriores, estas calculadas ao percentual de 2% sobre os juros.

Como se vê, nenhum pagamento foi feito nos seu vencimento e, embora com atraso, foram pagos sem a multa prevista em contrato, que teriam sido pagas somente em julho de 2002, e incidente apenas sobre os juros. Ademais, relativamente ao pagamento constante da planilha como tendo sido feito em 17/08/1999 não consta o tal carimbo.

Situação semelhante se encontra nas planilhas de fls. 525 e 535.

Concluo, assim, da mesma forma que a decisão de primeira instância que a Recorrente, intimada, não comprovou a efetividade dos pagamentos dos juros relativos ao mútuo. Não é o caso de se por em dúvida a idoneidade da Recorrente e de seus administradores, mas de comprovação ou não de fato relevante para o desfecho da lide.

Entretanto, ainda que se considerassem os documentos apresentados como prova dos pagamentos, estes se referem apenas a uma pequena parcela dos mútuos. Conforme relatório, cinco foram is contratos de mútuo, nos valores de US\$ 141.137.216,94, US\$ 57.600.000, US\$ 4.730.000,00, US\$ 8.500.000,00 e US\$ 15.000.000,00. Pois bem, segundo os elementos apresentados pela Recorrente, apenas os três últimos, de valores significativamente menores do que os dos dois primeiros, teriam sido pagos. Em relação aos dois primeiros, correspondentes a 87% do total, a Recorrente não apresentou, até a data da interposição deste recurso, em 28/03/2006, quase oito anos depois, prova de um único pagamento de juros ou relativos a essa parcela do mútuo.

Portanto, não se pode afirmar, como faz a Recorrente, que o mútuo vem sendo honrado normalmente.

Mesmo os pagamentos alegadamente realizados, o foram com recursos originados da própria Recorrente e não podia ser de outro modo, já que a subsidiária não tem fonte própria de recursos. É o que demonstra a planilha a seguir que reconstrói o fluxo financeiro entre controladora e controlada, considerando os pagamentos de juros.

DATAS	DESCRIÇÃO	ENTRADAS	SAÍDAS
abr/98	REC. FIXED RATE NOTES	350.000.000,00	
set/98	MÚTUA		15.000.000,00
2/10/1998	MÚTUA		141.137.216,94
2/10/1998	MÚTUA		57.500.000,00
3/11/1998	MÚTUA		4.730.000,00
3/11/1998	MÚTUA		8.500.000,00
17/08/1999	AMORTIZAÇÃO MÚTUA	483.650,00	
17/08/1999	AMORTIZAÇÃO MÚTUA	853.500,00	
28/1/2000	REMESSA DE JUROS		19.817.777,76
1/8/2000	REMESSA DE JUROS		19.926.666,67
1/8/2001	REMESSA DE JUROS		19.708.888,89
1/8/2001	REMESSA DE JUROS		1.172.156,66
2/8/2001	PAGAMENTO MÚTUA 2	3.611.122,40	
2/8/2001	PAGAMENTO MÚTUA 1	2.107.234,11	
2/8/2001	PAGAMENTO MÚTUA 3	1.161.936,41	
15/5/2001	REMESSA DE JUROS		172.156,86
15/5/2001	REMESSA DE JUROS		19.926.666,67
29/10/2001	PAGAMENTO MÚTUA 2	832.552,08	
13/5/2002	REMESSA DE JUROS		21.207.712,00
3/6/2002	PAGAMENTO MÚTUA 1	431.651,25	
3/6/2002	PAGAMENTO MÚTUA 2	647.923,44	
3/6/2002	PAGAMENTO MÚTUA 3	444.317,84	
7/6/2002	PAGAMENTO MÚTUA 1	348.877,28	
7/6/2002	PAGAMENTO MÚTUA 1	67.353,66	
7/6/2002	PAGAMENTO MÚTUA 1	8.500.000,00	
5/7/2002	PAGAMENTO MÚTUA 2	444.155,09	
5/7/2002	PAGAMENTO MÚTUA 2	15.000.000,00	
5/7/2002	PAGAMENTO MÚTUA 3	95.601,69	
5/7/2002	PAGAMENTO MÚTUA 3	4.730.000,00	
18/11/2002	REMESSA DE JUROS		19.708.888,14

18/11/2002	REMESSA DE JUROS		1.172.156,86
		388.422.725,25	350.680.287,45

Note-se que, tirante os pagamentos feitos em 17/08/1999, nos valores de US\$ 853.500,00 e US\$ 483.650,00, que não foram comprovados sequer com os tais carimbos, todos os outros pagamentos teriam sido feitos imediatamente após remessa, pela Recorrente, de valores a título de juros das *fixed rate notes*. É o caso, por exemplo, dos pagamentos que teriam sido feitos em 02/08/2001, totalizando US\$ 6.880.092,91, um dia depois da remessa, pela Recorrente, de US\$ 40.807.712,42. O pagamento seguinte só se deu após nova remessa, e assim sucessivamente.

O que se tem aqui configurado é que a emissão pela Recorrente e a aquisição pela sua subsidiária das “fixes rate notes” foi um mecanismo para viabilizar a transferência dos recursos captados no exterior pela subsidiária por meio do “Credit Agreement 1” e que a remessa dos recursos tinham como objetivo a devolução dos recursos captados, objetivo incompatível com a causa dos contratos de mútuo que, neste caso, foram firmados apenas para dar uma aparência diversa à causa verdadeira da remessa. Reforça essa conclusão o fato de que as obrigações contratadas não vêm sendo honradas regularmente, diferentemente do que afirmado pela Recorrente. Salta aos olhos, portanto, o descompasso entre a vontade declarada e a vontade real.

Não basta, contudo, para que se caracterize a simulação, que haja o descompasso entre a vontade declarada e a vontade real, pois tal descompasso pode decorrer, por exemplo, de erro ou reserva. É preciso que esse descompasso seja previamente conhecido e acertado pelas partes. Esse o segundo requisito da simulação,

Pois bem, neste caso, esse conhecimento pelas partes é evidente. Tratando-se de atos praticados por pessoas jurídicas distintas, porém ligadas e, mais do que isso, representadas por pessoas comuns, não haveria possibilidade de o objetivo da escolha dessa configuração para o negócio por uma fosse desconhecido da outra. De erro também não se cogita, eis que a própria Recorrente defende e reafirma a intenção de realizar o mútuo e não o resgate dos títulos.

É interessante registrar que uma das dificuldades da simulação é a possibilidade do rompimento do pacto simulatório, com o risco de prejuízo para uma das partes. Tal risco é nulo, quando se trata de pessoas com vínculos como os que têm a Recorrente e sua subsidiária integral. Esse “parentesco”, portanto, é um elemento facilitador, que, por exemplo, afasta o risco de rompimento do pacto simulatório, o que amplia enormemente as possibilidades de realização desse tipo de transação.

A constituição de empresa para, por intermédio delas, realizar negócios jurídicos diversos, cria uma espécie de mundo mágico onde se podem realizar determinados negócios inimagináveis entre pessoas sem tais vínculos. O comportamento das empresas e dos agentes econômicos em geral, embora potencialmente possam ter enormes variações, tendem a obedecer determinados padrões e a certas regularidades guiadas por parâmetros de racionalidade. Uma empresa captar recursos de curto prazo para emprestar a longo prazo, por exemplo, só acontece nesse mundo mágico das empresas ligadas, como neste caso. E, como assumido pela própria Recorrente, a sua subsidiária teve papel de mero instrumento, sem nenhum interesse próprio no negócio.

O que o justificou, portanto, não foram propósitos negociais, mas o resultado pretendido e assumido de produzir uma aparência de negócio jurídico diversa da sua causa efetiva.

Finalmente, o terceiro requisito para a simulação é o propósito se enganar terceiros. Aliás, tal definição encontra-se no próprio Código Civil de 1916 quando no seu artigo 103 prescrevia que “*a simulação não se considerará defeito do negócio jurídico em qualquer dos casos do antecedente, quando não houver de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei.*” A *contrariu sensu*, a simulação era considerada defeito quanto tivesse tais intenções.

A Recorrente defende-se da acusação de que simulou o mútuo para encobrir o resgate dos títulos, afirmando que todos os atos foram praticados às claras; que o lançamento tomou por base informações disponibilizadas pela própria Recorrente e, portanto, não teria tido o propósito de enganar.

Esse argumento, todavia, não é válido para demonstrar que não houve o propósito de enganar. O que foi feito às claras foi o negócio que se afirma ter sido realizado como máscara para ocultar a vontade real. Nas linhas acima se demonstrou que havia um descompasso entre a vontade real e a vontade declarada. Pois bem, demonstrar que esse descompasso foi preordenado com o propósito de enganar implica em identificar a *causa simulandi*, a vantagem buscada com a simulação. E, neste caso, essa vantagem é claramente preservar, na aparência, as condições para o gozo do benefício da alíquota zero prevista no art. 1º, XI da lei nº 9.481, de 1997 e, com isso, usufruir uma vantagem indevida.

Desde o início, o que comandou todo o procedimento da Recorrente em relação às operações de crédito foi o propósito de usufruir esse benefício. Foi assim, ao utilizar a subsidiária como intermediária na captação de recursos no exterior, a curto prazo, repassando-lhe por meio de operação de longo prazo; e foi assim quando, ao enviar os recursos para a liquidação do *credit agreement*, o fez por meio de operação de mútuo e não simplesmente pelo resgate das *fixed rate notes*.

O mútuo neste caso é uma máscara, um disfarce, sem substância, oco, fato evidenciado pela ausência de propósito comercial dessa operação e pela forma solta, deslexiada, negligente como o contrato foi administrado, sem que os juros pactuados fossem pagos conforme previsto.

Portanto, diante de tudo o que foi acima exposto, a conclusão sobre se houve ou não simulação neste caso, depende da convicção sobre uma das duas opções a seguir, sem meio termo: a primeira, a de que a Recorrente, ao formalizar um mútuo com a sua subsidiária, realmente tinha como objetivo entregar a recursos para que esta última, em momento posterior, os devolvesse – causa do negócio jurídico do mútuo – ou, a segunda, de que o objetivo da remessa foi a devolução dos recursos anteriormente recebidos pela Recorrente, e os contratos de mútuo foram meros disfarces, máscaras para esconder a verdadeira face do negócio, com o propósito de preservar, artificialmente, as condições para o gozo do benefício da alíquota zero.

Todos os elementos analisados neste processo convergem para a segunda alternativa. Se, por um lado, os elementos e circunstâncias envolvidos indicam que a Recorrente, dada a necessidade de liquidar o “Credit Agreement 1” deveria enviar recursos para sua subsidiária apontam para o resgate das “fixed rate notes”, o que seria razoável, lógico

e normal, a outra alternativa se afigura totalmente artificial, fantasiosa e desprovida de propósito negocial.

Sobre a alíquota aplicável, se 25%, defende a Recorrente que, se devido fosse o imposto, seu cálculo deveria ser efetuado à alíquota de 15%, e não a de 25%, devendo-se aplicar ao caso o disposto no inciso IX do artigo 691 do RIR de 1999; que de acordo com o artigo 1º da Lei nº 9.959 de 2000, a alíquota em questão foi fixada em 15%, independentemente do país de residência ou domicílio do destinatário dos rendimentos; que a fiscalização aplicou a alíquota antes prevista na alínea "b" do inciso II do artigo 685 do RIR/99, na compreensão de que assim teria estipulado o parágrafo 1º do artigo 1º da Lei nº 9.959 de 2000; que, ao empregar em seu texto o adjetivo "garantido", quis a lei apenas assegurar aos contribuintes que desfrutassem de situação mais benéfica que a nele prevista, o direito que lhes havia sido deferido anteriormente, protegido pelo inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal e pelo artigo 178 do CTN; que não pretende, pois, o citado comando, que rendimentos resultantes de contratos em vigor em 31.12.99 permaneçam, a partir de 1º.01.2000, submetidos à alíquota mais elevada prevista em lei até então, até porque isso significaria ofensa ao princípio da isonomia insculpido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal e refletido, no Sistema Tributário Nacional, no § 1º do artigo 145, no inciso II do artigo 150 e no inciso I do § 2º do artigo 153 da mesma Carta, no que também se equivoca a fiscalização, ao recusar tais argumentos de maneira sumária, sem maior reflexão, conforme fls. 32, subitem 8.3.6 do Relatório Fiscal.

De fato, o art. 8º da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, ao estabelecer a alíquota de 25% para o imposto na fonte sobre rendimentos remetidos a pessoas domiciliadas nos chamados "paraísos fiscais", ressaltou, especificamente, algumas das hipóteses referidas no art. 1º da Lei nº 9.481, de 1997, entre elas a do inciso IX de que se cuida neste processo, senão vejamos:

Lei nº 9.779, de 1999:

Art. 8º. Ressalvadas as hipóteses a que se refere os incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 1º da Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430, de 1996, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento.

Para maior clareza, reproduzo a seguir o art. 1º da Lei nº 9.481, de 1997, já com a alteração, no seu *caput*, introduzida pelo art. 20 da Lei nº 9.532, de 1997:

"Art. 1º A alíquota do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos no País, por residentes ou domiciliados no exterior, fica reduzida para zero, nas seguintes hipóteses: (redação dada pelo art. 20 da Lei nº 9.532, de 10/12/1997)

I - receitas de fretes, afretamentos, aluguéis ou arrendamentos de embarcações marítimas ou fluviais ou de aeronaves estrangeiras, feitos por empresas, desde que tenham sido aprovados pelas autoridades competentes, bem assim os pagamentos de aluguel de containers, sobrestadia e outros relativos ao uso de serviços de instalações portuárias;

II - comissões pagas por exportadores a seus agentes no exterior;

III - remessas para o exterior, exclusivamente para pagamento das despesas com promoção, propaganda e pesquisas de mercado, de produtos brasileiros, inclusive aluguéis e arrendamentos de stands e locais para exposições, feiras e conclaves semelhantes, bem como as de instalação e manutenção de escritórios comerciais e de representação, de armazéns, depósitos ou entrepostos;

IV - valores correspondentes a operações de cobertura de riscos de variações, no mercado internacional, de taxas de juros, de paridade entre moedas e de preços de mercadorias (hedge);

V - valores correspondentes aos pagamentos de contraprestação de arrendamento mercantil de bens de capital, celebrados com entidades mercantil de bens de capital, celebrados com entidades domiciliadas no exterior;

VI - comissões e despesas incorridas nas operações de colocação, no exterior, de ações de companhias abertas, domiciliadas no Brasil, desde que aprovadas pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários;

VII - solicitação, obtenção e manutenção de direitos de propriedade industriais, no exterior;

VIII - juros decorrentes de empréstimos contraídos no exterior, em países que mantenham acordos tributários com o Brasil, por empresas nacionais, particulares ou oficiais, por prazo igual ou superior a quinze anos, à taxa de juros do mercado credor, com instituições financeiras tributadas em nível inferior ao admitido pelo crédito fiscal nos respectivos acordos tributários;

IX - juros, comissões, despesas e descontos decorrentes de colocações no exterior, previamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, de títulos de crédito internacionais, inclusive commercial papers, desde que o prazo médio de amortização corresponda, no mínimo, a 96 meses;

X - juros de desconto, no exterior, de cambiais de exportação e as comissões de banqueiros inerentes a essas cambiais;

XI - juros e comissões relativos a créditos obtidos no exterior e destinados ao financiamento de exportações.

Note-se, portanto, que, no caso de remessa de recursos, nas hipóteses referidas no art. 1º, acima reproduzido, a alíquota seria zero e não 25%, mesmo que o beneficiário fosse residente em “paraíso fiscal”. Sobreveio, então, o art. 1º da Lei nº 9.959, de 2000 e estabeleceu que, nas hipóteses dos incisos III, V e IX da Lei nº 9.481, de 1997 a alíquota passaria a ser de 15%, preservando o tratamento tributário anterior em relação aos contratos firmados até 31/12/1999, senão vejamos:

“Art. 1º-Relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2000, a alíquota do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos no País, por residentes e domiciliados no exterior, nas hipóteses previstas nos incisos III e V e IX do art. 1º da

41

Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997, com a redação dada pelo artigo 20 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, será de quinze por cento, observado, em relação aos incisos VI e VII, o disposto no artigo 8º da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999. (Grifado agora)

§1º Aos contratos em vigor em 31 de dezembro de 1999, relativos às operações mencionadas neste artigo, fica garantido o tratamento tributário a eles aplicável nessa data."

Ora, no caso sob análise, trata-se de contrato anterior a 31/12/1999 e, portanto, a ele não se aplica a regra do art. 1º da lei nº 9.959, de 2000, mantendo-se a regra anterior segundo a qual, nas hipóteses destacadas dos incisos da Lei nº 9.481 a alíquota seria zero. A *contrariu sensu*, fora das hipóteses dos incisos dessa lei, aplicar-se-ia a regra geral do art. 8º da Lei nº 9.779. Seriam, portanto, três possibilidades de alíquotas nos casos de remessa de recursos para residentes no exterior: a alíquota zero, nas hipóteses dos incisos do art. 1º da Lei nº 9.481, de 1997; a alíquota de 15% fora dessas hipóteses, quando o beneficiário não for residente em "paraíso fiscal" e 25%, fora das hipóteses do art. 1º da Lei nº 9.481, quando o beneficiário for residente em "paraíso fiscal".

O caso sob análise enquadra-se nessa última hipótese.

Defende a Recorrente, contudo, dizendo que a ressalva do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.959, de 2000 diz respeito apenas à alíquota zero; que o termo 'garantido' só pode se referir a um benefício; que a nova lei não distinguiu entre os beneficiários de acordo com o seu local de residência no exterior.

Penso, contudo, que ao mencionar o "*tratamento tributário aplicável nessa data*" a Lei só pode se referir ao tratamento em todos os seus aspectos. Isto é, exclui do seu campo de aplicação os fatos geradores relacionados a contratos firmados em momento anterior, sem fazer distinção alguma. Se pretendesse apenas preservar a alíquota zero, como interpreta a Recorrente, poderia ter simplesmente afirmado isso.

Assim, em conclusão, penso que a alíquota prevista neste caso é a de 25%, por aplicação do disposto no art. 8º da Lei nº 9.779, de 1999.

Defende a Recorrente, ainda, que, se devido fosse o imposto, este deveria ser cobrado apenas sobre a parcela dos juros relativa aos pagamentos que a autoridade lançadora diz ter sido antecipado.

Aduz que o fato gerador do imposto é o pagamento, o crédito, a remessa, a entrega ou o emprego dos juros em favor do residente no exterior, e não a celebração do contrato consubstanciado nas "fixed rate notes" e afirma que a interpretação do dispositivo dada pela fiscalização é absurda, pois agride o comando inserto no artigo 144 do CTN; que se devido fosse o imposto, sua cobrança deveria guardar proporcionalidade com a parcela do empréstimo considerado pela Fiscalização como não paga antecipadamente e que, além de US\$ 123.250.000,00, parcela muito maior remanesceu no País, convertida em capital, mantendo-se, desse modo, reduzida a zero a alíquota do IRF incidente sobre os juros das obrigações incorridos até então, de acordo com o artigo 9º e seus parágrafos 1º a 3º, da Medida Provisória nº 2.189-49/2001 (consolidado nos parágrafos 4º a 7º do RIR de 1999);

Não procede a alegação da Recorrente. Não se trata aqui de considerar ou não a ocorrência do fato gerador em relação à parcela dos juros proporcional ao débito não

amortizado antecipadamente. Como vimos no início deste voto, o fato gerador ocorre com a remessa dos juros, o que há é uma mutilação da regra de incidência com a aplicação de uma norma excepcional. Portanto, o fato gerador ocorre em relação à totalidade das remessas dos juros.

Por outro lado, o que a norma excepcional prescreve é que a alíquota será zero se os juros se referir a pagamento de operação cujo prazo médio de amortização seja superior a 96 meses. Ora, a amortização antecipada de parte dos recursos captados evidentemente reduz o tempo médio de sua amortização; se tal redução baixar o prazo médio para patamar inferior aos 96 meses, a condição exigida para o gozo do benefício deixa de ser cumprida e, portanto, a norma excepcional deixa de incidir na sua integralidade.

Se fosse para se preservar a alíquota zero em relação à parcela remanescente do débito não amortizado, a Lei não teria se referido a prazo médio de amortização. Ora, só há sentido falar-se em prazo médio de amortização com a possibilidade de amortizações em diferentes prazos, apurando-se a média aritmética desses prazos. Foi precisamente o que fez a autoridade lançadora neste caso.

Correto, portanto, o lançamento quanto a esse ponto.

A conclusão acima de que o Contribuinte agiu com simulação importa, necessariamente, na conclusão de que agiu com evidente intuito de fraude. É o que se extrai das definições dos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502, de 1964, *verbis*:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

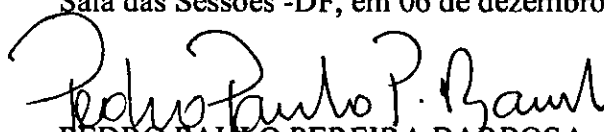
Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Ora, a simulação, por definição, de processa com o propósito de esconder de terceiros, no caso, do Fisco, a verdadeira configuração dos fatos com o propósito de tentar obter uma vantagem indevida, logo, fraude.

Conclusão

Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões -DF, em 06 de dezembro de 2007


PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA

Voto Vencedor

Conselheira HELOÍSA GUARITA SOUZA, Redatora designada

Com todo o respeito e admiração que nutro pelo nobre Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, no caso concreto, não comungo das suas conclusões, apesar de partirmos das mesmas premissas.

Como se depreende do seu detalhado relatório, trata-se de exigência de IRF sobre rendimentos de residentes/domiciliados no exterior, nos anos de 2000, 2001, 2002 e 2004, em virtude do suposto não cumprimento do prazo de 96 meses, que prevê alíquota zero do IRF para os juros decorrentes de colocações no exterior de títulos de crédito, com prazo médio de amortização de no mínimo 96 meses, de que trata o artigo 691, inciso IX do RIR/99. Cabe lembrar que o lançamento veio com multa qualificada de 150%.

Tenho por desnecessário repetir, mais uma vez, os negócios jurídicos e as operações objeto da fiscalização, já descritas tanto no relatório, quanto no voto vencido e detalhadamente dissecadas no relatório fiscal de fls. 13 a 33.

A matéria em discussão está muito bem delimitada no seguinte excerto do voto vencido, o qual peço vênia para transcrever (fls. 29):

“O que a Contribuinte fez, neste caso, foi lançar mão de um artifício para viabilizar a devolução dos recursos captados no exterior sem, formalmente, liquidar antecipadamente a operação de crédito anterior, realizando, com sua subsidiária, uma operação de mútuo. As opções possíveis aqui se resumem a duas: ou se considera legítima a operação de mútuo, e aí não se considerará a liquidação do crédito ou ser considerará a operação de mútuo ato simulador da verdadeira natureza da remessa.

O Fisco sustenta que foi simulação, que houve resgate antecipado dos títulos e, portanto, o prazo médio de amortização foi inferior aos 96 meses e, conseqüentemente, foi violada a condição para o gozo do benefício.

Defende-se a Recorrente dizendo que simulação não houve, pois desejou realizar autênticos contratos de mútuo, por meio do qual pretendia dar condições financeiras para que a sua subsidiária honrasse o empréstimo feito em instituição financeira internacional e que os contratos de mútuo vêm sendo honrados com o pagamento antecipado de alguns deles. Aduz que as operações foram registradas e dela foi dado pleno conhecimento a todas as autoridades de controle, como CVM e BACEN.

Diz que os negócios considerados pela fiscalização como “travestidos de mútuos” não foram em absoluto celebrados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato ou circunstância que ensejasse a cobrança de tributo, mas eram mútuos de fato e

de direito, cursados em moeda nacional através de bancos de primeira linha, em consequência da imposição de circunstâncias de conhecimento público, alheias à sua vontade, não havendo discrepância entre a vontade querida e o ato exteriorizado por ela e sua subsidiária; que os contratos de mútuos são autônomos em relação às fixed rate notes, dotados de objetivos, propósitos negociais efetivos e outras características inconfundíveis. Aduz, também, que a autoridade administrativa não poderia desconsiderar o negócio praticado para exigir o tributo, pois tal atitude só seria possível com a aplicação do art. 116, parágrafo único, do CTN que, no entanto, por falta de norma regulamentadora, não poderia ser aplicada."

E, mais adiante, às fls. 39, completa:

"Portanto, diante de tudo o que foi acima exposto, a conclusão sobre se houve ou não simulação neste caso, depende da convicção sobre uma das duas opções a seguir, sem meio termo: a primeira, a de que a Recorrente, ao formalizar um mútuo com a sua subsidiária, realmente tinha como objetivo entregar a recursos para que esta última, em momento posterior, os devolvesse – causa do negócio jurídico do mútuo – ou, a segunda, de que o objetivo da remessa foi a devolução dos recursos anteriormente recebidos pela Recorrente, e os contratos de mútuo foram meros disfarces, máscaras para esconder a verdadeira face do negócio, com o propósito de preservar, artificialmente, as condições para o gozo do benefício da alíquota zero."

O cerne de toda a discussão está, pois, em se definir se tais contratos de mútuo são ou não uma antecipação do pagamento dos juros devidos - havendo, então, desrespeito ao prazo de 96 meses - ou se são negócios jurídicos autônomos e vinculados à outra obrigação financeira contraída pela mutuante, conforme desde sempre sustentado pela Recorrente. E, para tanto, entra-se no tormentoso terreno da identificação da ocorrência ou não da simulação.

Antes, porém, cabe registrar, para não passar em branco, que a preliminar de decadência está intimamente vinculada com a desqualificação da multa de ofício, sendo, assim, tratada após o exame do mérito em si, o qual também influencia na própria qualificação da multa.

Com efeito.

Efetivamente, não se pode admitir - e não se está aqui fazendo - que o contribuinte deve, sempre, optar pelo procedimento que lhe traga a maior carga tributária. Não! Nada obsta que, diante de duas ou mais possibilidades de procedimento legalmente autorizadas, o contribuinte opte pelo caminho legal menos oneroso tributariamente.

A esse propósito, a doutrina é unânime. Vejam-se as lições de LUCIANO DA SILVA AMARO, em sua clássica obra "Direito Tributário Brasileiro" (Editora Saraiva, 10ª Edição, SP):

"Os autores de modo geral aceitam que o indivíduo possa escolher, entre dois caminhos lícitos, aquele que fiscalmente seja

menos oneroso. Os limites da legalidade circundam, obviamente, o território em que a busca de uma determinada instrumentação para o negócio jurídico não chega a configurar ilegalidade. Essa zona de atuação legítima (economia lícita de tributos) baseia-se no pressuposto de que ninguém é obrigado, na condução de seus negócios, a escolher os caminhos, os meios, as formas ou os instrumentos que resultem em maior ônus fiscal, o que, repita-se, representa questão pacífica.

...

Não vemos ilicitude na escolha de um caminho fiscalmente menos oneroso, ainda que a menor onerosidade seja a única razão da escolha desse caminho. Se assim não fosse, logicamente se teria de concluir pelo absurdo de que o contribuinte seria sempre obrigado a escolher o caminho de maior onerosidade fiscal. Há situações em que o próprio legislador estimula a utilização de certas condutas, desonerando-as. Não se diga que é ilícito adotá-las. Nem se sustente que elas só podem ser adotadas porque o legislador as ungiu de modo expresse. Quer a lei as tenha expressamente desonerado, quer sua desoneração decorra de omissão da lei, a situação é a mesma.” (págs. 225 e 228 – partes sem itálico, do original)

No mesmo sentido, HELENO TÔRRES (in “Direito Tributário e Direito Privado - Autonomia Privada, Simulação, Elusão Tributária”, Editora Revista dos Tribunais, SP, 2003), considera que:

“A Constituição Federal garante e tutela o direito ao exercício da autonomia privada, à propriedade e à liberdade contratual, dentro dos limites que o conceito de Estado Democrático e Social de Direito impõe. Daí que as atitudes lícitas que possam ser adotadas pelos contribuintes, na estruturação ou reorganização de seus negócios, tendo como finalidade a economia de tributos, evitando a incidência destes, reduzindo ou diferindo o respectivo impacto fiscal, sem qualquer descumprimento frontal ou indireto das leis, são perfeitamente válidas e correspondem à noção de ‘legítima economia de tributos’.

...

Alfredo Augusto Becker, em sua obra clássica, seguindo o pensamento de Albert Hensel, dizia: ‘é aspiração naturalíssima e intimamente ligada à vida econômica, a de se procurar resultado econômico com a maior economia, isto é, com a menos despesa (e os tributos que incidirão sobre os atos e fatos necessários à obtenção daquele resultado econômico, são parcelas que integrarão a despesa).’” (págs. 174 e 183)

Exatamente a partir dessa noção - aliás, convicção - é que decorre a diferenciação entre os conceitos de “elisão fiscal” e “evasão fiscal”. A esse propósito, colhem-se os seguintes ensinamentos, bastante úteis para a situação em análise:

“Quando a conduta é lícita e oponível ao Fisco, está-se diante do que se denomina elisão ou elusão fiscal, que ‘designa todas as formas e meios lícitos, empregados pelo contribuinte, para evitar a ocorrência do fato gerador do tributo, reduzindo ou impedindo o

surgimento do dever ou da obrigação tributária e diferenciando-se, radicalmente, da evasão ilícita.¹

Quando ilícita a conduta, fica caracterizada a evasão fiscal, que pode resultar de fenômenos de diferentes tonalidades - erro de interpretação ou qualificação, simulação, fraude à lei, sonegação, fraude penal, etc. —, embora aquele que costuma gerar maiores divergências na experiência prática seja o da simulação, objeto do presente trabalho.

...

Feitas essas considerações, estabelecemos como premissa inicial que no ordenamento jurídico brasileiro a atividade exercida pelo contribuinte no sentido de buscar o menor ônus tributário possível em sua vida e seus negócios é legítima e conduz à elisão fiscal quando preenchidos os seguintes requisitos:

(a) Anterioridade ao fato gerador. Os atos sejam praticados antes da materialização da hipótese de incidência prevista hipoteticamente em lei;

(b) Licitude dos atos praticados. Os atos praticados sejam lícitos e possíveis, e não vedados pelo ordenamento; e,

(c) Não-caracterização de simulação. Os atos praticados sejam reais, e não simulados.

Como assevera com o seu tradicional brilhantismo Ricardo Mariz de Oliveira,² o terceiro requisito (não-caracterização de simulação) é propositalmente redundante, já que está contido no segundo (licitude dos atos)." (GUSTAVO LIAN HADDAD, *Revista da Associação dos Advogados de São Paulo - AASP* nº 94, de novembro de 2007, págs. 70/76)

"Diversas abordagens exegéticas procuram, diante dessa questão, estabelecer critérios que possam, diante dos diversos caminhos que a prática sugere, segregar os lícitos e os ilícitos. Se a atuação do indivíduo percorre trilhas lícitas (no pressuposto de que, por outras sendas, seria tributado), diz-se que ele procedeu à evasão lícita, ou elisão, ou economia de imposto. Ao contrário, se, na tentativa de encontrar um percurso livre de ônus fiscais, o indivíduo adotou em roteiro ilegal, diz-se que ele praticou evasão ilegal (ou evasão tout court).

...

Ninguém pode ser obrigado, por exemplo, a utilizar a forma da compra e venda para transferir um imóvel para uma empresa (que seria uma operação sujeita a imposto de transmissão), se o indivíduo tem o direito de utilizar outra forma (igualmente lícita), que é a

¹ Misabel Abreu Machado Derzi, "A Desconsideração dos Atos e Negócios Jurídicos Dissimulatórios, segundo a Lei Complementar nº104, de 10 de janeiro de 2001", in Valdir de Oliveira Rocha (org.), *O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*, São Paulo, Dialética, 2002, p. 213

² *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Tributário*, São Paulo, Quartier Latin, p. 200.

conferência do imóvel na integralização de capital da sociedade (operação que não estaria sujeita àquele imposto).

...

O divisor de águas entre a evasão (ilegal) e a elisão parte realmente da consideração de que, na primeira, o indivíduo se utiliza de meios ilícitos para fugir ao pagamento de tributos, e, no segundo caso, trilharia caminhos lícitos. A diferença reside, portanto, na licitude ou ilicitude dos procedimentos ou dos instrumentos adotados pelo indivíduo; por isso é que se fala em evasão legal e evasão ilegal do tributo.” (LUCIANO DA SILVA AMARO, op. cit., págs. 226,227 e 229, destaques do original)

O que faz a diferença, portanto, caso a caso, são os detalhes, os cuidados, a forma, os passos que foram seguidos, para a realização do(s) negócio(s) jurídico(s), ensejadores da caracterização de uma elisão ou evasão tributária, o que é fundamental, para fins de identificação de fraude e/ou simulação e para a aplicação ou não da multa qualificada.

Reconheço que, mesmo entre as diversas Câmaras deste Conselho, essa matéria não é pacífica. Muito pelo contrário; trata-se de um tema nebuloso, e em evolução, muito dependendo das circunstâncias materiais do caso concreto.

Especificamente sobre a “Simulação”, nosso colega, Conselheiro Dr. Gustavo Lian Haddad, em trabalho científico publicado na Revista da Associação dos Advogados de São Paulo - AASP nº 94, de novembro de 2007, págs. 70/76, acima já citada, trouxe os seguintes ensinamentos, em tudo muito apropriados para a situação em análise:

“Nunca foi tradição de nosso ordenamento a instituição de uma regulação tributária de simulação, permanecendo esta no âmbito do Direito Privado, embora com possibilidade de utilização na esfera fiscal.

Estabelece o artigo 167, §1º, do Código Civil de 2002 (correspondente ao art. 102 do Código Civil de 1912):

“Artigo 167 - É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§1º - Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem ante-datados ou pós-datados.

(...)”

Todas as hipóteses no dispositivo conduzem a uma divergência entre a vontade real, efetiva, e a vontade declarada por quem pratica o ato. Nesse sentido, as hipóteses dos incisos I (declaração não verdadeira quanto à pessoa a quem se transmite o direito) e III

(declaração não verdadeira quanto ao tempo da prática do ato) não deixam de estar contidas naquela mais genérica contida no inciso II, que sintetiza a formulação da simulação como o vício que inquina os atos que não sejam reais por conter declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira.

Tal declaração falsa pode ter por objetivo fingir uma realidade inexistente (simulação absoluta) ou fingir que não existe uma realidade efetivamente existente (simulação relativa ou dissimulação). Como sintetiza Pontes de Miranda,³ "na simulação quer-se o que não aparece e não se quer o que aparece".

E é precisamente nesse ponto que residem as grandes divergências práticas de qualificação dos atos na esfera fiscal, muitas vezes envoltas em falsas dicotomias, como aquela que trata da prevalência da forma sobre a substância ou vice-versa.

A simulação está ligada à substância jurídica do ato.

De fato, a existência da simulação está diretamente ligada à substância jurídica do ato. Ou melhor, à ausência da referida substância. Um ato substancialmente verdadeiro, real, afasta a alegação de simulação.

Mas a questão que surge é a seguinte: COMO SE AFERE A SUBSTÂNCIA DO ATO? Não há como adentrar na psique daquele que o pratica para se determinar com exatidão se há ou não divergência entre a vontade real e a declarada.

Não há fórmula milagrosa. A nosso ver, o melhor caminho é examinar os vários aspectos que se revelam na exteriorização do ato para determinar se há coerência com os institutos e formas de Direito Privado adotados pelo contribuinte e que resultaram na economia fiscal.

Não se trata, com isso, de exigir que a forma jurídica adotada seja típica para o objetivo negocial visado. Não obstante opiniões em sentido contrário, entendemos que o negócio jurídico indireto, pelo qual se adota determinada forma jurídica para atingir objetivo que não lhe é típico ou usual, é plenamente viável em nosso ordenamento, desde que o contribuinte assumia todas as consequências e ônus da escolha feita.⁴

A substância do ato exige que quem o pratica assumia todos as consequências e ônus, de toda sorte (jurídicos, fiscais, operacionais, negociais, etc.) da forma jurídica adotada. Ainda que referida forma ou instituto tenha sido escolhida com o único propósito de economia fiscal, a exteriorização do ato deve revelar que as partes efetivamente assumiram as consequências da escolha, inclusive aquelas indesejadas.

³ Tratado de Direito Privado, Bookseller, 2000, tomo I, p. 100.

⁴ Além disso como esclarece Ricardo Mariz de Oliveira, "o negócio jurídico indireto é válido na medida em que não viole disposição de lei, inclusive e se não for adotado para violar proibição legal, sendo absolutamente necessário que seja praticado para atingir algum fim de Direito Privado que não seria vedado pela lei se tivesse sido praticado o negócio direto" (Op. cit., p. 11).

Por óbvio que somente o exame das particularidades do caso concreto pode indicar a existência ou não de simulação.” (destaquei)

Indica, então, o autor, os elementos que devem ser examinados para se identificar ou não ocorrência da simulação em cada caso concreto: 1. Aferição dos elementos do negócio jurídico típico; 2. Neutralização de efeitos; 3. Tempo; 4. Implementação operacional; 5. Parâmetros de mercado; 6. Propósito negocial. E, ao final conclui:

“Não há como predeterminar quais ou quantos dos índices tratados irão afetar a conclusão acerca da existência ou não da simulação no caso concreto. É patente que nenhum deles é per se suficiente para esgotar o exame, sendo necessário contemplar o conjunto deles em contexto, cotejados em face das características da transação.”

Também são bastante pertinentes as considerações sobre o tema “simulação”, desenvolvidas pelo Conselheiro Paulo Jacinto do Nascimento, no âmbito do acórdão nº 103-23.357, as quais reproduzo (fls. 07/08):

“Todos os meios e formas lícitas de que se vale o contribuinte para evitar a ocorrência do fato gerador do tributo, reduzindo ou impedindo o surgimento do dever ou da obrigação tributária são designados pelo nome de elisão fiscal, cuja distinção básica da evasão ilícita reside nos meios empregados, como ensina SAMPAIO DÓRIA:

“O primeiro aspecto substancial que as extrema é a natureza dos meios eficientes para sua consecução: na fraude, atuam meios ilícitos (falsidade) e, na elisão, a licitude dos meios é condição sine qua non de sua realização efetiva”.(Elisão e Evasão Fiscal, São Paulo, José Bushataky, Editor, p. 58).

O exame da licitude ou não dos meios empregados conduz necessariamente à apreciação do fato concreto e de sua correspondência com o modelo abstrato (forma) utilizado. Se a forma não reflete o fato concreto, é aparente, e aí estamos diante da simulação que, segundo o parágrafo primeiro do art. 167 do Novo Código Civil, se faz presente nos negócios jurídicos quando:

“I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III – os instrumentos particulares forem ante-datados, ou pós-datados”.

No lapidar ensinamento de CLÓVIS BEVILÁQUA, in Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, edição histórica, Editora Rio, Volume I, p. 353:

“Simulação é uma declaração enganosa de vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado”.

Explicitando esse conceito de simulação ofertado pelo autor do Projeto que veio a se converter no Código Civil de 1916, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, didaticamente leciona que:

"Como o erro, simulação traduz uma inverdade. Ela caracteriza-se pelo intencional desacordo entre a vontade interna e a declarada, no sentido de criar, aparentemente, um ato jurídico, que, de fato, não existe, ou então oculta, sob determinada aparência, o ato realmente querido". (Curso de Direito Civil, Parte Geral, Edição Saraiva, 1975, p. 207).

A simulação pressupõe, em regra, uma declaração bilateral de vontade; resulta, sempre, de um conluio, um concerto entre as partes, de tal sorte que nenhuma das partes é iludida, uma e outra têm conhecimento da busca urdida para prejudicar terceiro e traduz, invariavelmente, uma proposital divergência entre a vontade interna ou real e a vontade declarada no ato, que não corresponde à verdadeira intenção das partes.

Na simulação, ocorrem dois negócios: um real, encoberto, dissimulado, destinado a operar e valer entre as partes, e um outro, ostensivo, aparente, simulado, destinado a operar e valer perante terceiros, como bem apreendido por UBALDINO MIRANDA, que ensina:

"Com efeito, a simulação é um procedimento complexo a que as partes recorrem para a criação de uma aparência enganadora. Nesse procedimento, mediante uma só intenção, as partes emitem duas declarações: uma destinada a permanecer secreta e a outra com o fim de ser perpetrada para o conhecimento de terceiros, isto é, do público em geral. A declaração, destinada a permanecer secreta, consubstanciada numa contra declaração ou ressalva, constata a realidade subsistente entre os simuladores.

O procedimento simulatório é deliberado pelas partes mediante um acordo ou pacto (pactum simulationis) pelo qual celebram um negócio jurídico aparente: umas vezes, por lhes interessar apenas essa aparência, frente a terceiros, os quais, na intenção dessas partes que simulam, devem tornar a aparência como realidade, nenhuma relação jurídica efetiva é estabelecida entre elas (simulação absoluta). Outras vezes, as partes têm em vista a formação de uma determinada relação jurídica, mas pactuam a celebração de uma forma negocial aparente, a fim de ser projetada ao conhecimento de terceiros para, sob essa forma aparente, subsistir, entre elas, aquela relação jurídica que visam (simulação relativa).

Assim, na primeira hipótese, quando uma das partes simula com o seu comparsa uma venda fictícia (imaginaria venditio), para fugir ao assédio dos seus parentes sucessíveis; e, na segunda hipótese, quando alguém simula uma venda a outrem, quando na realidade lhe doa". (Teoria Geral do Negócio Jurídico, São Paulo, Atlas, 1991, p. 115).

Como os atos simulados são praticados com o objetivo de ludibriar, escondendo os atos dissimulados e efetivos, a prova da simulação é difícil, árdua, às vezes impossível, pois divergência

psicológica de intenção das partes que é, escapa a uma prova direta, dificilmente os que simulam deixam evidências, a prova escrita do fingimento é impossível e a contra-declaração, reveladora do negócio dissimulado, raríssima.

Por isso, o fisco, a quem incumbe desconstituir a presunção de legitimidade de que gozam os atos e negócios jurídicos atacados, provando que não passam de mera aparência ou ocultam uma outra relação jurídica de natureza diversa, escamoteando a ocorrência do fato gerador, há de se valer da prova indireta, de indícios, que hão de ser graves, precisos, concordantes entre si, resultantes de uma forte probabilidade e indutores de ligação direta do fato desconhecido como fato conhecido."

Ainda de início, registro que, no meu entender, a análise de questões como a presente deve partir, sempre, do comando do artigo 112, do CTN, segundo o qual:

"Art. 112 - A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação."
(grifou-se)

Pois bem.

Examinando os documentos constantes dos autos, bem como os relatórios e arrazoados de ambas as partes (fiscalização e contribuinte), com a devida vênua do meu nobre colega, Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, não vislumbro a ocorrência dos elementos caracterizadores da simulação, pelos seguintes motivos:

1. O contrato de empréstimo tomado pela Recorrente, em 1º.10.98, junto a bancos brasileiros, com vencimento para setembro de 1999, previa que esses recursos seriam utilizados pela Overseas para amortização do saldo devedor do empréstimo por essa empresa tomado junto a bancos estrangeiros, para fazer frente à compra dos "fixed rate notes", com vencimento para 06.10.98. Esse procedimento se justifica pelo fato da Recorrente ter figurado como garantidora do empréstimo obtido pela Overseas, junto aos bancos estrangeiros. Além disso, esse contrato em questão está registrado no Banco Central do Brasil.

2. Na mesma data - 1º.10.98 - a própria Overseas contraiu outro empréstimo junto a bancos estrangeiros para a mesma finalidade anterior, com vencimento para 05.10.99.

3. Os recursos obtidos junto aos bancos brasileiros pela Recorrente foram emprestados, via contrato de mútuo, para a Overseas, para que esta honrasse os compromissos assumidos com o primeiro empréstimo contraído para a obtenção de recursos para a aquisição das "fixed rate notes" adquiridas da Recorrente. Esses recursos foram remetidos via transferência internacional de recursos, nos termos definidos na Circular BACEN nº 2677/96,

mediante depósitos efetuados em reais em contas mantidas no Brasil. Ou seja, não houve remessa efetiva de dólares para o exterior. Essa operação consta expressamente no balanço patrimonial da Recorrente (mutuante), de 31.12.99, em nota explicativa. Não há nada que desabone tal balanço; não há nenhum elemento levantado pela fiscalização que coloque em dúvida a contabilidade em si e/ou o balanço da Recorrente, mesmo porque devidamente auditado. Ambos - contabilidade e balanço - gozam, pois, de presunção de veracidade e validade, fazendo prova a favor do contribuinte, nos termos do artigo 9º, do Decreto-Lei nº 1598, de 26.12.1977:

"Art. 9º - A determinação do lucro real pelo contribuinte está sujeita a verificação pela autoridade tributária, com base no exame de livros e documentos da sua escrituração, na escrituração de outros contribuintes, em informação ou esclarecimentos do contribuinte ou de terceiros, ou em qualquer outro elemento de prova.

§ 1º - A escrituração, mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais.

§ 2º - Cabe à autoridade administrativa a prova da inveracidade dos fatos registrados com observância do disposto no § 1º.

§ 3º - O disposto no § 2º não se aplica aos casos em que a lei, por disposição especial, atribua ao contribuinte o ônus da prova de fatos registrados na sua escrituração."(destaquei)

4. Somando-se os valores do empréstimo tomado pela Overseas com os bancos estrangeiros - US\$ 123.250.000,00 - com o valor do empréstimo obtido pela Recorrente no país e mutuado com a Overseas - transferência internacional de reais, de US\$ 226.867.216,94 - chega-se a US\$ 350.117.216,94 - montante muito próximo (até maior) do emprestado pela Overseas junto aos bancos estrangeiros para a obtenção de recursos para a aquisição das "fixed rate notes". Além disso, as datas de vencimento dessas obrigações e das movimentações financeiras são todas compatíveis entre si.

5. Parte das obrigações representadas pelas "fixed rate notes" acrescida de parte dos juros respectivos não foram pagas porque convertidas em aumento de capital, em 27.02.2004, conforme registro junto ao Banco Central do Brasil e ata da Assembleia Geral Extraordinária que o homologou. Ora, se o mútuo fosse pagamento antecipado, sem razão de ser tal aumento de capital, ainda mais estando registrado no BACEN. Logo, os recursos permaneceram no país, em caráter definitivo, hipótese que se enquadra na regra do parágrafo 4º, do artigo 691, do RIR/99, *verbis*:

"Art. 691. A alíquota do imposto na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos no País, por residentes ou domiciliados no exterior, fica reduzida para zero, nas seguintes hipóteses:

...

IX - juros, comissões, despesas e descontos decorrentes de colocações no exterior, previamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, de títulos de crédito internacionais, inclusive commercial papers, desde

que o prazo médio de amortização corresponda, no mínimo, a 96 meses;

...

§ 4º - O aumento de capital mediante conversão das obrigações de que tratam os incisos VIII e IX poderá ser efetuado com manutenção da redução a zero da alíquota do Imposto de Renda incidente na fonte relativa aos juros, comissões, despesas e descontos já remetidos (Medida Provisória nº 1.753-16, de 1999, art. 9º)."

6. Parte desse mútuo tomado pela Overseas junto à Recorrente já fora pago antecipadamente pela mutuária. Se fosse pagamento da Recorrente para a Overseas, não haveria essas movimentações financeiras, via Banco Central, de devolução.

7. Todas as operações financeiras entre a Recorrente e a Overseas passaram pelo Banco Central, tendo sido nele registradas, inclusive os respectivos contratos de câmbio relativos aos mútuos Recorrente/Overseas. E, em nenhum momento, o BACEN exigiu algum IRF sobre tais operações, mesmo sendo delas conhecedor (especificamente, a emissão das fixed rate notes e os recursos delas oriundos), apesar de ser de sua responsabilidade fazê-lo, nos termos do artigo 880, do RIR/99:

"Art. 880. O Banco Central do Brasil não autorizará qualquer remessa de rendimentos para fora do País, sem a prova de pagamento do imposto.

Parágrafo único. Nos casos de isenção, dispensa ou não incidência do referido tributo deverá ser apresentada declaração que comprove tal fato."

8. A existência do ofício Cota Decif/Dilic-II-2002/042, de 31.01.2002, que confirma a existência dos mútuos e se deus pagamentos pela mutuária (vide seu parágrafo quinto).

9. Quanto ao propósito comercial dessa operação, tenho como perfeitamente válida a justificativa do Recorrente, constante de seu memorial, entregue quando do julgamento, o qual transcrevo:

"... Tem-se que em abril de 1998, devidamente autorizada pelo BACEN, a RECORRENTE emitiu "fixed rate notes" com prazo de amortização de 126 meses, colocadas no exterior pelo Chase Manhattan International Limited, sediado na Inglaterra.

Os recursos assim captados destinavam-se ao aumento do capital social de pessoa jurídica sediada no Brasil, com o propósito de permitir-lhe adquirir ações da Coelce, companhia aberta distribuidora de energia elétrica no Estado do Ceará, em leilão de privatização.

As compras de ações de empresas estatais desse porte, como é notório, envolvem quantias de vulto, insuscetíveis de serem suportadas por uma única sociedade e jamais disponíveis no Caixa dos pretendentes compradores.



Nessas circunstâncias, é normal e usual em qualquer país que os compradores obtenham empréstimos junto a agências de fomento nacionais ou estrangeiras, ou emitam títulos de crédito no exterior, em ambas as alternativas com vencimento a longo prazo e condições compatíveis com a maturação e a lucratividade projetada do investimento.

Aliás, para tornar esse propósito viável, a própria lei de regência das licitações públicas no Brasil admite que dos leilões de privatização participem sociedades ou consórcios de empresas formados com esse propósito específico, os quais, caso venham a se sagrar vencedores, se associam em caráter permanente, para exploração conjunta do empreendimento.

Todavia, em decorrência do caráter aleatório inerente a qualquer leilão, é impossível, tanto do ponto de vista financeiro, quanto do operacional, contratar os aludidos empréstimos, ou emitir e colocar títulos no mercado com vencimento a longo prazo antes de conhecido o resultado da licitação.

À vista dessa realidade, o único procedimento legítimo e capaz de adequar os fluxos financeiros indispensáveis à concretização de negócios com tal característica de risco foi o adotado pela universalidade das empresas participantes de leilões de privatização realizados no Brasil, que consiste na constituição de sociedade controlada no exterior, a qual:

a) celebra acordos firmes com instituições financeiras estrangeiras, assegurando-lhe empréstimos de determinada quantia a curto prazo ("empréstimo ponte"), caso sua controladora vença a licitação;

b) ocorrendo esse evento, adquire os títulos de crédito internacionais de longo prazo emitidos por sua controladora, com os recursos obtidos na forma da letra "a", no regime de "private placement", garantindo à emissora os meios necessários ao cumprimento do seu compromisso; e

c) reestrutura sua dívida de curto prazo, colocando no exterior outros títulos de crédito internacionais de longo prazo, a fim de obter recursos para saldar o empréstimo ponte, ou obtém esses recursos alienando a terceiros os títulos adquiridos na forma da letra "b".

Assim também atuaram a RECORRENTE e a Overseas, tendo os recursos provenientes da venda das "fixed rate notes" à segunda interessado no País e sido utilizados no aumento do capital social de pessoa jurídica sediada no Brasil, que adquiriu as ações da Coelce.

A partir daí, a Overseas almejava, no período de 6 meses (abril a outubro de 1998), reestruturar sua dívida, pagamento o Credit Agreement 1 com fundos provenientes da colocação no exterior de outros títulos de crédito internacionais de sua emissão, prazo bastante razoável para que todas as providências nesse sentido fossem tomadas.

...

Naquele interregno, contudo, a Overseas foi surpreendida por modificações drásticas no cenário financeiro internacional, provocadas pela crise cambial que desabou sobre países asiáticos, atingiu mais tarde a Rússia e se refletiu no Brasil, fechando o mercado internacional para negócios dessa natureza e inviabilizando a operação, ou a cessão das "fixed rate notes" a terceiros, como dá conta o insuspeito pronunciamento colhido do BOLETIM CONJUNTURAL N. 44 – JANEIRO/99, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (in www.ipea.gov.br/pub/bccj/bc_044a.pdf), órgão vinculado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Era imperioso, então, que a RECORRENTE, como garantidora da obrigação contraída pela Overseas, impedisse a insolvência de sua controlada, fornecendo-lhe fundos para saldar o Credit Agreement 1, do que resultou a concessão dos mútuos em comento, mediante TIR's cursadas em contas bancárias de instituições financeiras de não-residentes no Brasil, que mantêm relação de correspondência com o banco brasileiro depositário dos recursos, de forma habitual, expressiva e recíproca, como previsto na Circular BACEN n. 2677/96, sem afetar a relação jurídica perfeita constituída com a venda das "fixed rate notes".

Frente às constatações supra, diante desse conjunto probatório, os argumentos apresentados pela fiscalização e pela DRJ, ao meu sentir, data vênia, são ilações, suposições e presunções e não se sustentam frente aos elementos concretos e materiais, constantes dos autos. Imperioso lembrar – e levar em conta – que no processo administrativo-fiscal prevalece o princípio da busca da verdade material, como corolário da segurança jurídica do contribuinte e, principalmente, como elemento garantidor da legalidade tributária. E, diante desse pressuposto maior, tomando em conta tais princípios norteadores, não vislumbro no caso concreto nenhum vício capaz de contaminar os fatos e negócios jurídicos como se deram. Entendo que expressam eles a real, verdadeira e efetiva vontade das partes. Não identifico, em momento algum, qualquer intenção de enganar, burlar o Fisco, ou de ocultar a ocorrência de fato gerador do imposto de renda. Não há provas concretas que apontem para a ilicitude tributária, como quer fazer crer as autoridades fiscalizadora e julgadora. Aliás, ao contrário, os fatos ocorridos em si são incontroversos. A controvérsia reside, justamente, na sua interpretação. E, nessa parte, os fatos só poderiam ser desconstituídos, ignorados ou re-interpretados se houvesse, ao menos, indícios veementes de que não correspondem à realidade ocorrida, o que, todavia, entendo inexistir, pelos motivos acima expostos.

Vale lembrar, ainda, que essa mesma 4ª Câmara, em julgamento de outubro de 2006, analisou um caso em tudo similar ao presente (inclusive na parte relativa aos juros vencidos não remetidos ao exterior porque convertidos em aumento de capital), tendo decidido pelo provimento do recurso do contribuinte. Trata-se do acórdão nº 104-21953, de relatoria do Conselheiro Nelson Mallmann e cuja ementa consigna:

"RENDIMENTOS DE RESIDENTES E DOMICILIADOS NO EXTERIOR - OPERAÇÕES DE EMPRÉSTIMOS REALIZADAS ENTRE EMPRESAS CONTROLADAS E EMPRESA CONTROLADORA - REMESSA DE JUROS - TÍTULOS DE CRÉDITO INTERNACIONAIS - COLOCAÇÃO DE FIXED RATE NOTES NO MERCADO INTERNACIONAL - INCIDÊNCIA NA FONTE REDUZIDA À ALÍQUOTA ZERO - CONTRATOS EM VIGOR EM

31/12/1999 - PRAZO MÍNIMO MÉDIO PARA AMORTIZAÇÃO DE 96 MESES - As operações de captação de recursos financeiros a curto prazo realizadas entre as empresas subsidiárias da contribuinte no exterior e banqueiros internacionais não se confundem com as operações de empréstimo a longo prazo realizadas entre as empresas subsidiárias no exterior e a empresa controladora no Brasil - são negócios jurídicos distintos. Inocorre resgate antecipado das Fixed Rate Notes em razão de transferência internacional de Reais realizada entre a empresa controladora no Brasil (emitente dos títulos de crédito) para as suas empresas subsidiárias no exterior (adquirentes dos títulos de crédito) a título de aumento de capital, inclusive se as empresas subsidiárias utilizarem estas transferências de Reais para liquidar seus empréstimos de curto prazo frente aos banqueiros internacionais que financiaram a aquisição destes títulos de créditos internacionais. Desta forma, as remessas de pagamentos de juros decorrentes de colocações no exterior de títulos de crédito internacionais, a exemplo das Fixed Rate Notes, previamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, cujo prazo médio de amortização corresponda, no mínimo, a 96 meses e cujos contratos encontravam-se em vigor em 31/12/1999, estão com incidência de imposto de renda na fonte reduzida à alíquota zero. Recurso provido." (destaquei)

Do voto condutor desse aresto, destaco as seguintes razões cuja linha de argumentação, mais uma vez, ratifico na íntegra:

"Assim, o fornecimento e manutenção da segurança jurídica pelo Estado de Direito no campo dos tributos assume posição fundamental, razão pela qual o princípio da Legalidade se configura como uma reserva absoluta de lei, de modo que para efeitos de criação ou majoração de tributo é indispensável que a lei tributária exista e encerre todos os elementos da obrigação tributária.

À Administração Tributária está reservado pela lei o direito de questionar a matéria, mediante processo regular, mas sem sobra de dúvida deve se atrelar à lei existente e perseguir a busca da verdade material.

Com efeito, a convergência do fato imponível à hipótese de incidência descrita em lei deve ser analisada à luz dos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, que demandam interpretação estrita. Da combinação de ambos os princípios, resulta que os fatos erigidos, em tese, como suporte das obrigações tributárias, somente, se irradiam sobre as situações concretas ocorridas no universo dos fenômenos, quando vierem descritos em lei e corresponderem estritamente a esta descrição.

Como a obrigação tributária é uma obrigação ex lege, e como não há lugar para atividade discricionária ou arbitrária da administração que está vinculada à lei, deve-se sempre procurar a verdade real à cerca da imputação, desde que o fato gerador da obrigação tributária esteja previsto em lei. Não basta a probabilidade da existência de um fato para dizer-se haver ou não haver obrigação tributária.



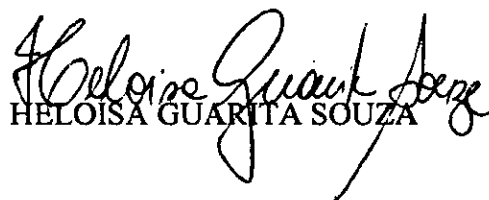
Calcada neste princípio - o da estrita legalidade da obrigação tributária - decorre, tranqüila, a constatação de que cada um pode, no que concerne à sua colocação ante imposições tributárias, dirigir sua vida e seus negócios da forma que, dentro dos limites da licitude e da legalidade, melhor atenda a seus interesses, não podendo ser constrangido a organizá-los de maneira à abrindo mão do seu próprio, melhor atender ao interesse do fisco."

Logo, a partir do momento em que não identifico a ocorrência de simulação, dissimulação, abuso de forma, abuso de direito, fraude à lei, ou qualquer outra figura de ilicitude, nos negócios e operações jurídicas e econômicas levadas a efeito, tendo-as como legais, legítimas e válidas, não há que se cogitar na manutenção da multa qualificada, a qual perde o seu objeto, frente ao cancelamento da exigência como um todo.

Da mesma forma, decidindo-se o mérito favoravelmente à Recorrente, deixa-se de apreciar o aspecto preliminar, relativo à decadência tributária, nos termos autorizados pelo Decreto nº 70.235/72.

Ante ao exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento integral.

Sala das Sessões - DF, em 06 de dezembro de 2007


HELOISA GUARITA SOUZA