



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF  
Fl.

**Processo** : 10768.015831/2001-57  
**Recurso** : 122.327

**Recorrente** : **BOZANO SIMONSEN S/A DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS**

**Recorrida** : **DRJ em São Paulo - SP**

### RESOLUÇÃO Nº 202-00.719

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:  
**BOZANO SIMONSEN S/A DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS.**

RESOLVEM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do Relator.**

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2004

  
Henrique Pinheiro Torres  
**Presidente e Relator**

Participaram, ainda, da presente resolução os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Gustavo Kelly Alencar, Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski, Jorge Freire, Nayra Bastos Manatta e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Raimar da Silva Aguiar.

cl/opr



**Processo** : 10768.015831/2001-57  
**Recurso** : 122.327

**Recorrente** : **BOZANO SIMONSEN S/A DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS**

## RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos pertinentes à matéria objeto da presente lide, adoto e transcrevo o Relatório do Acórdão DRJ/SPOI nº 1.350, de 13/08/2002, proferida pela primeira instância administrativa (fls. 1.665/1.667):

*“Por meio do Auto de Infração de fls. 1589 a 1591, referente ao contribuinte acima identificado, foi lançado o crédito tributário correspondente ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários, acrescido de multa de ofício qualificada, além dos juros de mora, tudo de acordo com a fundamentação legal de fls. 1590, 1591 e 1596.*

2 *Conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 1559 a 1588), o lançamento foi motivado pelo não-pagamento do IOF em operações de crédito dissimuladas, escondidas sob a aparência de uma conjugação de venda a prazo de títulos com recompra à vista, após compra seguida de venda, sempre à vista, do Banco Bozano, Simonsen S. A., do mesmo grupo econômico do autuado, que comprava e vendia os títulos à vista, sempre nas mesmas quantidades, no mesmo dia e pelo mesmo preço. Tudo era feito de forma que, no final do dia, tanto o intermediário como o contribuinte e seus clientes retornavam à mesma posição patrimonial do início (isto é, os títulos permaneciam sob a propriedade do Bozano, Simonsen DTVM), salvo em relação à uma dívida de valor que então surgia, na qual o credor era o autuado e o devedor cada um de seus clientes.*

3 *Segundo o autuante, as operações violaram a lei em virtude do não-pagamento do IOF sobre operações de crédito, da concessão de empréstimos a clientes das distribuidoras de valores e títulos mobiliários e da concessão de empréstimos por instituições financeiras a seus sócios. No último caso, a violação ocorreu em cerca de 65% das operações (104 dentre 159 operações fiscalizadas), totalizando 30% do total movimentado (R\$ 143 milhões de R\$ 486 milhões no total, aproximadamente), cujo beneficiário foi a Bozano, Simonsen Factoring, outra empresa do mesmo grupo econômico, que utilizou os recursos obtidos para financiar a compra de automóveis a seus clientes. A comprovação desses financiamentos, mediante diligência realizada pela fiscalização, resultou na constatação de outra falta de pagamento de IOF e correspondente lançamento de ofício, formalizado no processo nº 10768.004375/2002-09.*

4 *Em cumprimento ao disposto no Decreto nº 2.730/1998, também foi formalizada, no processo nº 10768.015832/01-00, juntado a este por apensação, uma representação fiscal para fins penais, em virtude da*



Processo : 10768.015831/2001-57  
Recurso : 122.327

*ocorrência de fatos que em tese, no entender da fiscalização, configuram o crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990.*

5 *Para o autuante, dificilmente pode ser obtida uma prova direta de que as operações consistiram em simulação de compra e venda de títulos para dissimular contratos de mútuo. É possível, porém, comprovar a simulação por um conjunto denso de indícios e presunções, obtidos da análise dos atos praticados e das circunstâncias que cercam as situações verificadas, como os seguintes, indicados no Termo de Verificação (fls. 1569 a 1578):*

5.1 *não haver tradição dos títulos, pois como no final do dia os títulos permaneciam sob a titularidade do autuado, tanto o sistema SELIC como o sistema CETIP, utilizados nas operações, não registravam modificação das posições de custódia das três empresas envolvidas em cada operação;*

5.2 *resultar a movimentação financeira em um mútuo oneroso, já que o resultado financeiro para o intermediário, o Banco Bozano, Simonsen, é nulo (pois ele sempre comprava e vendia o mesmo lote de títulos, ao mesmo preço, no mesmo dia), enquanto o autuado assume a posição de credor e o seu cliente em cada operação adquire a situação de devedor de um empréstimo com encargos prefixados;*

5.3 *haver os clientes do autuado até mesmo registrado as operações como mútuo, conforme apurou a fiscalização na contabilidade dessa empresas (fls. 1575 e 1576), uma vez que os lançamentos contábeis realizados utilizaram contas como "capital de giro", "financiamento" ou "mútuo";*

5.4 *existir uma correlação entre o valor captado pelo Bozano, Simonsen Factoring nas operações e o valor utilizado para financiar a aquisição de automóveis pelos seus clientes, a demonstrar que o intuito do autuado não foi o de comprar ou vender títulos, mas fornecer recursos para sua coligada;*

5.5 *terem sido utilizados, em grande parte das operações (70% do total e 93% daquelas praticadas com a Bozano, Simonsen Factoring), títulos de baixa liquidez, conhecidos no mercado como "moedas de privatização" e apelidados de "moedas podres", raramente negociadas na prática, já que implicam grande deságio, sendo que nas operações em foco nenhum deságio foi observado.*

6 *Cientificado do lançamento em 20/12/2001, o contribuinte, inconformado, interpôs tempestivamente a impugnação de fls. 1611 a 1649, em 21/01/2002, na qual requer a anulação do auto de infração e a desconstituição do lançamento efetuado ou, alternativamente, a integral revisão das multas de ofício impostas, alegando, em síntese, que:*



Processo : 10768.015831/2001-57  
Recurso : 122.327

*6.1 preliminarmente, houve erro de direito por parte da fiscalização, pois o IOF não incide sobre operações de crédito praticada por quaisquer instituições financeiras, mas apenas por aquelas autorizadas a realizar essa espécie de operação, sendo que sobre os denominados empréstimos intercompany, ou seja, mútuo de recursos financeiros no qual o mutuante seja pessoa jurídica, só veio a incidir IOF a partir da edição da Lei 9.779, de 19/01/1999, conforme entendimento do ADN SRF 30/1999;*

*6.2 a compra e venda de títulos tem natureza jurídica diferente do mútuo feneraticio, sendo vedado cobrar tributo por analogia, assim como aplicar a chamada interpretação econômica dos contratos na aplicação da legislação tributária;*

*6.3 não houve fraude porque estão ausentes os pressupostos da simulação e, ainda que assim não fosse, a circunstância do BNDES e do BACEN praticarem o mesmo tipo de operação sem que tenham sido punidos, configuraria erro de proibição a favor do impugnante;*

*6.4 não houve crime de sonegação fiscal pois o dolo eventual identificado pela fiscalização é incompatível com esse ilícito;*

*6.5 a multa de ofício aplicada deve ser reduzida a 75%, pois não ficou comprovada a ocorrência de simulação, bem como aplicada uma só vez, sobre o maior valor não recolhido, porque aplica-se no caso o art. 71 do Código Penal (crime continuado)."*

O julgamento da lide - nos termos em que foi apreciada pelos membros da Oitava Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP - delibera em três pontos distintos cujos fundamentos sustentam, em síntese, que (fls. 1667/1673):

- 1) não procede a alegação de erro de direito no lançamento. Isto porque a autuação possui fundamentação legal, conforme consta do "Termo de Verificação Fiscal" (fls. 1.579 a 1.583). Não importando que a operação de crédito tenha sido realizada por uma espécie de instituição financeira não autorizada a efetuar este tipo de transação; não sendo isso capaz de descaracterizar a ocorrência do fato gerador. Assim, a capitulação legal referida no auto de infração não contém qualquer erro de direito, pois se aplica a operações de crédito realizadas por quaisquer instituições financeiras, ainda que não possuidoras de autorização legal ou regulamentar para a prática dessas operações;
- 2) também não merece acolhimento a alegação do impugnante de que o lançamento está a exigir tributo por analogia, por aplicar à compra e venda de títulos uma norma tributária que só incide sobre operação de natureza jurídica diversa, ou seja, a de mútuo oneroso. O que a



Processo : 10768.015831/2001-57  
Recurso : 122.327

fiscalização fez não foi tributar a compra e venda de títulos, mas tributar uma operação simulada de compra e venda de títulos, seguida de recompra, realizada para dissimular o fato gerador do tributo, isto é, uma operação de mútuo. A norma tributária incide porque o fato gerador só deixou de ocorrer em virtude de operação fraudulenta conduzida pelo impugnante, que tinha por objetivo unicamente impedir a sua ocorrência;

- 3) o cabimento da multa de ofício qualificada do art. 44, II, da Lei 9430/97 depende da ocorrência de fraude, simulação ou conluio, conforme definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. Uma vez que ficou comprovado que as operações de compra e venda de títulos não constituíram um meio alternativo para efetivar uma lícita operação de mútuo, mas um meio de dissimular essa mesma operação, já prevista como hipótese de incidência do tributo, a multa de ofício é cabível e é a qualificada pelo evidente intuito de fraude, do art. 44, II, da Lei nº 9.430/97.

Em 13/08/2002, os membros da Oitava Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP acordaram, por unanimidade de votos, em considerar procedente o lançamento, manifestando a decisão deliberada por meio do Acórdão nº 1.350, fl. 1.663, assim ementado:

*“Assunto: Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF*

*Período de apuração: 04/01/1997 a 31/12/1997*

*Ementa: FRAUDE TRIBUTÁRIA. SIMULAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE TÍTULOS. DISSIMULAÇÃO DE OPERAÇÕES DE MÚTUO. INCIDÊNCIA DO IOF. A prática de operações compostas de compra a prazo e recompra à vista de títulos realizadas no mesmo dia, nas mesmas quantidades e pelo mesmo valor, com a finalidade de contornar vedação legal à concessão de financiamento a clientes, configura ação dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador do IOF.*

*MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. CABIMENTO. A realização habitual de operações simuladas cujo único objetivo é impedir a ocorrência do fato gerador do IOF constitui evidente intuito de fraude.*

*Lançamento Procedente”.*

Insurgindo-se contra o julgado em epígrafe (Acórdão DRJ/SPOI nº 1.350/2002), do qual tomou ciência em 19/09/2002 (fl. 1.677), a interessada recorreu a este Conselho de Contribuintes em 11/10/2002 (fls. 1.680/1.740).

Em suas considerações, a recorrente repisa argumentos apresentados na defesa inicial, aduzindo, ainda, em síntese que:



Processo : 10768.015831/2001-57  
Recurso : 122.327

- a) a decisão recorrida deixou de apreciar matéria relativa à ilegitimidade passiva da contribuinte quanto à exigência da multa de ofício. Neste sentido, argumenta que, na condição de sucessora, não pode ser responsabilizada por atos praticados pela empresa extinta por incorporação e adquirida posteriormente à data em que as operações sob comento se verificaram. Assim, conclui pela ilegalidade da exigência da multa de 150% do recorrente que não praticou ato ilícito algum, tendo apenas assumido o controle acionário da “Bozano Simonsen S.A. - Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários”;
- b) como dispositivo invocado para fundamentar a ocorrência do fato gerador, o artigo 118 do CTN não pode ser interpretado isoladamente, mas, combinado com o artigo 116 do mesmo diploma legal, para que se possa averiguar - além do caráter lícito ou ilícito do ato e seus efeitos econômicos - a presença efetiva dos elementos que compõem a regra-matriz de incidência do tributo. Ou seja, em cada caso concreto, é preciso verificar se os efeitos do ato então questionado preenchem os requisitos caracterizadores da ocorrência do “fato gerador”, nos termos do artigo 116 do Código Tributário Nacional. Deste modo, alegando não haver como se identificar na hipótese dos autos (operações de “compra e venda de títulos”) a possibilidade de cobrança do IOF, porquanto manifestamente ausente o critério material da regra-matriz de incidência tributária, a recorrente afirma que o erro de direito reside, pois, na própria interpretação dada à legislação vigente;
- c) inobstante as considerações apresentadas como negativa do procedimento de tributação por analogia, depreende-se que, nos termos em que fundamentada, a decisão de primeiro grau, na realidade, justifica a cobrança do IOF, a partir de uma interpretação analógica, resultando, assim, conforme dito na peça impugnatória, na exigência de tributo com base em hipótese de incidência não prevista em lei - em frontal desobediência aos ditames do Código Tributário Nacional cujo artigo 108, parágrafo primeiro, impõe à administração um claro e definido limite acerca da possibilidade de emprego da analogia como método de integração de normas jurídicas, com base no exame comparativo de situações aparentemente semelhantes;
- d) ao refutar a alegação impugnatória de erro de proibição, limitando-se ao argumento de que a matéria é afeta ao Direito Penal, a decisão recorrida demonstrou desconhecer que ao Direito Administrativo Sancionador aplicam-se os princípios do Direito Penal, principalmente no que se refere à imputação de sanções cujas finalidades nas suas respectivas formas se identificam. Diante da manifesta identidade de princípios entre a sanção administrativa e a penal, a recorrente questiona a razão pela qual não se pode aplicar à presente hipótese o instituto jurídico do erro de proibição que, como causa excludente da ilicitude, resulta no afastamento da própria sanção;



Processo : 10768.015831/2001-57  
Recurso : 122.327

- e) em momento algum foi efetivamente comprovada intenção deliberada - por parte da empresa - de mentir, mas, apenas e tão-somente, de realizar operações lucrativas dentro dos parâmetros normais de mercado. Neste aspecto, a decisão *a quo* parece desconhecer que o ônus integral da prova cabe à parte prejudicada e que, no caso concreto, além da ausência de elementos comprobatórios da presunção de evasão fiscal ilícita, inexistiu qualquer desconformidade entre o ato praticado e a intenção verdadeira. Ademais, a recorrente sempre esteve consciente de que sobre as operações legalmente efetuadas não incidia o imposto;
- f) a simples leitura dos atos normativos citados pela decisão recorrida para fundamentar o cabimento da multa de ofício não evidencia a simulação como requisito para a aplicação da multa agravada. Aliás, o exame dos dispositivos legais invocados demonstra que, nos termos do artigo 44, II, da Lei nº 9.430/97, a multa de 150% aplica-se tão-somente aos casos de evidente intuito de fraude, enquanto os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 tratam, respectivamente, dos institutos da "sonegação", "fraude" e "conluio", não havendo, entretanto, qualquer referência à simulação. Para fins de imposição da multa agravada, há que se concluir pela absoluta impossibilidade de conciliação das hipóteses de fraude e simulação, na medida em que nos atos praticados pela empresa não se pode vislumbrar qualquer feição penal, o que somente seria possível em caso de agressão deliberada a determinado dispositivo de lei, o que, além de não ter ocorrido, sequer foi cogitado em qualquer momento do presente processo administrativo; e
- g) além da continuidade das supostas infrações praticadas pela empresa - questão ignorada pela decisão de primeiro grau, deve ser considerada também a equivocada e ilegal utilização da Taxa SELIC como índice de juros, conforme já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça. Diante do que, na hipótese de manutenção do lançamento de ofício, devem ser revistos os cálculos efetuados pela administração, de modo que sejam devidamente adequados aos parâmetros legalmente estabelecidos pelo Código Tributário Nacional.

É o relatório. //



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF  
Fl.

Processo : 10768.015831/2001-57  
Recurso : 122.327

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR  
HENRIQUE PINHEIRO TORRES

A teor do relatado, uma das questões trazidas na peça recursal diz respeito à ilegitimidade passiva da recorrente para figurar no pólo passivo da obrigação tributária pertinente à multa de ofício, pois, no entender da defesa, *na condição de sucessora, não pode ser responsabilizada por atos praticados pela empresa extinta por incorporação e adquirida posteriormente à data em que as operações sob comento se verificaram.*

Por outro lado, as provas acostadas aos autos não precisam a data em que o Banco Central autorizou a citada incorporação nem a do efetivo registro dessa operação na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro.

Precisar as datas acima é relevante para formar a convicção do Colegiado a respeito do alegado erro na sujeição passiva.

Diante do exposto, voto por baixar o feito em diligência para que a autoridade preparadora officie o Banco Central e a Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro a informarem, respectivamente, as datas de autorização e registro da indigitada incorporação.

Sala das Sessões, em 10 de agosto de 2004

  
HENRIQUE PINHEIRO TORRES