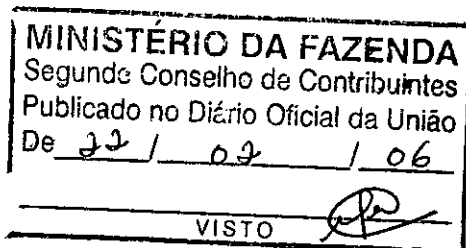




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.015831/2001-57
Recurso nº : 122.327
Acórdão nº : 204-00.084



2º CC-MF
Fl. _____

Recorrente : BANCO SANTANDER S.A. (Incorporadora da Bozano, Simonsen S.A. DTVM)
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

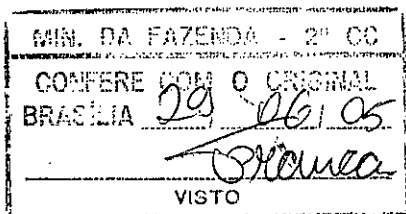
NORMAS PROCESSUAIS - MULTA DE OFÍCIO - ILEGITIMIDADE PASSIVA NA SUCESSÃO.

Não há erro no pólo passivo do lançamento de ofício lavrado contra a empresa infratora que veio a ser incorporada por outra, quando a autuação fiscal deu-se antes de se efetivar a incorporação.

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

JUROS DE MORA - Decorrem de lei e, por terem natureza compensatória, são devidos em relação ao crédito não integralmente pago no vencimento, seja qual for o motivo determinante da falta de recolhimento no prazo legal. **TAXA SELIC** - A cobrança dos encargos moratórios deve ser feita com base na variação acumulada da SELIC, como determinado por lei.

Recurso negado



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **BANCO SANTANDER S.A. (Incorporadora da Bozano, Simonsen S.A. DTVM).**

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por **unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.** Fez sustentação oral pela Recorrente, o Dr. José Andrés Lopes da Costa Cruz, e pela Procuradoria da Fazenda Nacional, o Dr. Silvio Levcovitz.

Sala das Sessões, em 17 de maio de 2005

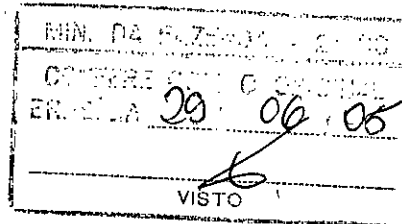
Henrique Pinheiro Torrès
Henrique Pinheiro Torrès
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz, Nayra Bastos Manatta, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Júlio César Alves Ramos, Sandra Barbon Lewis e Adriene Maria de Miranda.

Imp/fclb



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10768.015831/2001-57
Recurso nº : 122.327
Acórdão nº : 204-00.084

Recorrente : BANCO SANTANDER S.A. (Incorporadora da Bozano, Simonsen S.A. DTVM)

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos pertinentes à matéria objeto da presente lide, adoto e transcrevo o Relatório da Decisão 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.

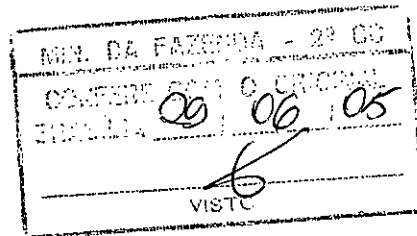
3 Segundo o autuante, as operações violaram a lei em virtude do não-pagamento do IOF sobre operações de crédito, da concessão de empréstimos a clientes das distribuidoras de valores e títulos mobiliários e da concessão de empréstimos por instituições financeiras a seus sócios. No último caso, a violação 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 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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.015831/2001-57
Recurso nº : 122.327
Acórdão nº : 204-00.084

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 dessas 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:

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;

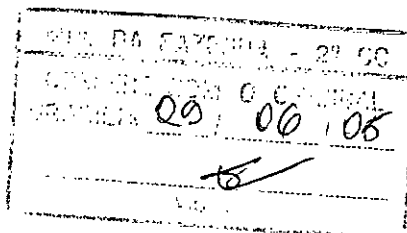
6.2 a compra e venda de títulos tem natureza jurídica diferente do mútuo feneratício, sendo vedado cobrar tributo por analogia, assim como aplicar a chamada interpretação econômica dos contratos na aplicação da legislação tributária;

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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n^o : 10768.015831/2001-57
Recurso n^o : 122.327
Acórdão n^o : 204-00.084



2^o CC-MF
Fl.

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):

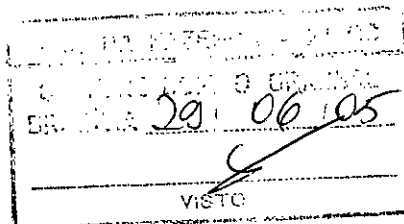
- 1) não procede a alegação de erro de direito no lançamento. Isto porque a autuação possui fundamentação legal, conforme consta do "Termo de Verificação Fiscal" (fls. 1.579 a 1.583). Não importando que a operação de crédito tenha sido realizada por uma espécie de instituição financeira não autorizada 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 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; e
- 3) o cabimento da multa de ofício qualificada do art. 44, II, da Lei 9430/96 depende da ocorrência de fraude, simulação ou conluio, conforme definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei 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 9.430/96.

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, por meio do Acórdão n^o 1.350, fl. 1.663, assim ementado:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.015831/2001-57
Recurso nº : 122.327
Acórdão nº : 204-00.084



2º CC-MF
Fl.

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).

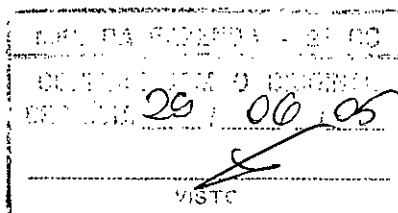
Em suas considerações, a recorrente repisa argumentos apresentados na defesa inicial, aduzindo, ainda, em síntese que:

- 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



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.015831/2001-57
Recurso nº : 122.327
Acórdão nº : 204-00.084



2º CC-MF
Fl.

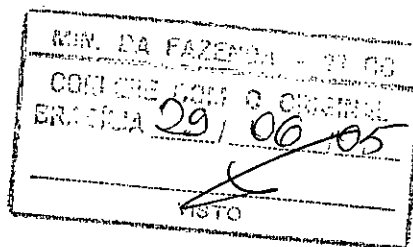
prevista em lei - em frontal desobediência aos ditames do Código Tributário Nacional cujo artigo 108, § 1º, impõe à administração um claro e definido limite acerca da possibilidade de emprego da analogia como método de integração de normas jurídicas, com base no exame comparativo de situações aparentemente 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;
- 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 9.430/96, 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.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.015831/2001-57
Recurso nº : 122.327
Acórdão nº : 204-00.084



2º CC-MF
Fl.

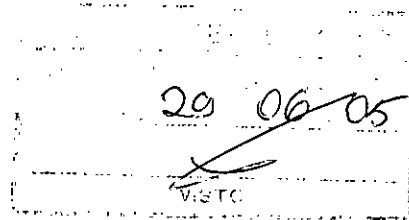
O Segundo Conselho de Contribuintes, por meio da Resolução nº 202-00.719, de 10 de agosto de 2004, converteu o julgamento em diligência.

Em atendimento ao solicitado, a Seção de Programação, Avaliação e Controle da Atividade Fiscal – SAPAC, da Delegacia Especial das Instituições Financeiras em São Paulo apresentou o resultado da diligência efetuada, fls. 1.786/1.813.

É o relatório. //



Processo nº : 10768.015831/2001-57
Recurso nº : 122.327
Acórdão nº : 204-00.084



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
HENRIQUE PINHEIRO TORRES

De início, passo ao exame das preliminares suscitadas. A recorrente suscita a ilegitimidade passiva do contribuinte quanto à exigência da multa de ofício. Neste sentido, argumenta que o Banco Santander S.A., na condição de sucessor por incorporação da Bozano, Simonsen S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, não pode ser responsabilizado por atos praticados pela empresa incorporada e que tal incorporação teria ocorrido em 30/10/2000, portanto, anteriormente à data de lavratura do auto de infração, que ocorreu em 20/12/2001.

No entanto, ficou comprovado, na diligência efetuada no Banco Central do Brasil e na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, que, embora a Assembléia Geral Extraordinária que aprovou a incorporação da Bozano, Simonsen S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários pelo Banco Santander S.A. tenha sido realizada em 30/10/2000, a incorporação só se efetivou em 06/05/2002 com o registro da ata da citada assembléia na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro. Portanto, a lavratura do auto de infração foi anterior à efetivação da incorporação.

Sabe-se que o ato de incorporação está sujeito ao arquivamento na Junta Comercial, conforme art. 32, inciso II, da Lei nº 8.934/94. O art. 36 da mesma lei estabelece o prazo de 30 dias contados de sua assinatura para o encaminhamento desses documentos à Junta Comercial e determina que os efeitos do arquivamento retroajam à data da sua assinatura. No entanto, se constatar a existência de vício formal sanável, a Junta comercial concede apenas 30 dias para que o interessado corrija o ato (conforme o § 1º, do art. 40, da Lei nº 8.934/94, “o processo será colocado em exigência”). O § 3º, do mesmo artigo prevê que, ultrapassado este prazo, o saneamento do vício será tratado como novo pedido de arquivamento.

Por outro lado, conforme reza o art. 10, inciso IX, alínea ‘c’, da Lei nº 4.595/64, compete privativamente ao Banco Central do Brasil conceder autorização às instituições financeiras para que possam ser incorporadas. Ou seja, o ato de incorporação de instituição financeira está sujeito à aprovação prévia do Banco Central do Brasil para que possa ser arquivado na Junta Comercial. É o que determina o art. 3º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro de Comércio nº 32/81.

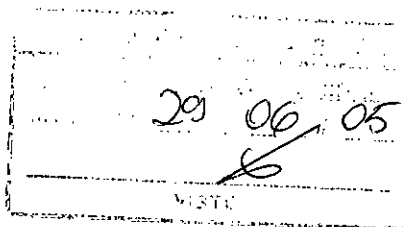
Voltando ao caso sob exame, verifica-se, através dos documentos acostados aos autos, que a autorização do Banco Central do Brasil para que houvesse a incorporação é datada de 08/02/2002. Por isso, o arquivamento da ata da Assembléia de Incorporação da Bozano, Simonsen S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários só ocorreu em 06/05/2002 e, conforme demonstrado, por determinação legal seus efeitos não podem retroagir a 30/10/2000.

Fica esclarecido, assim, que à data de lavratura do auto de infração a Bozano, Simonsen S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários não havia sido incorporada pelo Banco Santander, sendo cabível, portanto, a exigência de multa de ofício, vez que o crédito foi constituído antes do evento sucessório.

Na segunda preliminar, o recorrente volta a alegar ter havido erro de direito na determinação da legislação tributária aplicável ao lançamento, preliminar esta rejeitada pela decisão recorrida. Argumenta que o art. 118 do CTN referido pela autoridade julgadora de primeira instância não pode ser interpretado isoladamente, mas combinado com o art. 116 do



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.015831/2001-57
Recurso nº : 122.327
Acórdão nº : 204-00.084

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.

Como bem situado pela decisão recorrida, a alegação de erro de direito no lançamento não procede, pois este foi baseado no art. 2º do Decreto nº 2.219/97, onde se lê que “o IOF incide sobre operações de crédito realizadas por instituições financeiras”. Para melhor entender o critério usado pela autoridade lançadora, torna-se essencial, neste momento, responder à seguinte pergunta: a que operação de crédito se refere o lançamento? Certamente não é à simples compra e venda a prazo de títulos, mas a uma operação de crédito dissimulada por um conjunto formado por um contrato de compra e venda a prazo e dois contratos de compra e venda a vista, sempre dos mesmos títulos, realizados no mesmo dia, pelo mesmo valor, entre o recorrente, um seu cliente e o Banco Bozano, Simonsen seu controlador. Ou seja, o pressuposto da autuação é a existência de operações de crédito dissimuladas por operações de compra e venda de títulos.

Dito isto, passo, então, a analisar os elementos que compõem a regra matriz de incidência do tributo, alegados pela recorrente.

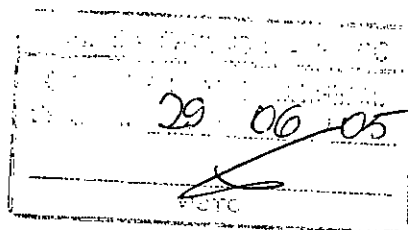
Primeiramente, afirma a recorrente que, para que houvesse a possibilidade de se cobrar IOF, necessário seria que houvesse a presença ao menos do elemento “crédito” e que as operações constituíssem empréstimos, abertura de crédito ou descontos de títulos realizada por instituições financeiras. Partindo-se do pressuposto de que os contratos de compra e venda de títulos eram uma dissimulação de uma operação de crédito – um empréstimo em que os recursos em dinheiro ficavam a disposição do cliente do recorrente -, vislumbra-se, de imediato, a presença do elemento material necessário à ocorrência do fato gerador.

Quanto ao critério pessoal, a lei atribui a responsabilidade pela cobrança e recolhimento do IOF às instituições financeiras (art. 3º, inciso I, do Decreto-Lei nº 1.783/80). Não resta a menor dúvida de que o recorrente é uma instituição financeira. O fato de a Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 1.653/89 proibir às sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários conceder empréstimo não retira delas a responsabilidade pela cobrança e recolhimento do IOF, caso venham a concedê-lo, desrespeitando a citada norma. Foi correta, portanto, a decisão recorrida quando citou o art. 118 do CTN, que afirma que “a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros”. Não há nenhuma razão lógica para se equiparar as sociedades distribuidoras de títulos e valores a instituições não-financeiras no que diz respeito ao critério pessoal da regra matriz da incidência do IOF. Não procede, portanto, a alegação de que a recorrente só estaria sujeita a tributação pelo IOF a partir do advento da Lei nº 9.779/99, que sujeitou à incidência do IOF as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros efetuadas por pessoa jurídica não-financeira.

Em relação ao critério temporal, a entrega do valor relativo ao empréstimo ou a sua colocação à disposição do cliente, momento da ocorrência do fato gerador conforme definido no art. 1º, inciso I, da Lei nº 5.143/66, teria ocorrido ao final do conjunto das três operações de compra e venda de títulos que dissimulavam a operação de crédito.

Essas são as razões pelas quais tenho que não devam prosperar as preliminares invocadas pela recorrente.

M



Processo nº : 10768.015831/2001-57
Recurso nº : 122.327
Acórdão nº : 204-00.084

No mérito, conforme enfatizado pela decisão recorrida, não prospera a alegação de que a autuação teria sido baseada em analogia. O que a fiscalização constatou foi a presença de simulação, ato ilícito passivo de anulação pelo Código Civil e uma espécie sonegação ou fraude, nos termos dos arts. 71 e 72, da Lei nº 4.502/64. Cada operação de crédito geradora do IOF lançado foi realizada, não às claras, mas dissimulada por um conjunto de três contratos de compra e venda de títulos, realizados numa seqüência lógica e cronológica adequada ao efeito produzido, conforme descrito no Termo de Verificação Fiscal. Portanto, o que foi considerado operação de crédito, em cada lançamento efetuado, não foi uma simples compra e venda de títulos a prazo, considerada isoladamente, como alega o recorrente.

Discorrendo sobre planejamento tributário, Ricardo Mariz de Oliveira¹ observa que para se ter um planejamento tributário lícito deve-se responder afirmativamente a três indagações básicas: (1) “os atos, praticados pelo contribuinte, que levam à economia tributária, antecedem a ocorrência do fato gerador?”; (2) “os atos praticados pelos contribuintes são lícitos?” e (3) “a terceira pergunta, que na verdade é um desdobramento da pergunta anterior, é: houve simulação?”. E salientando a importância da não configuração da simulação como requisito de ilicitude do planejamento tributário, complementa:

É obvio que quando falo que os atos têm que ser lícitos e, depois, afirmo que eles têm que ser reais e não simulados, estou aproximando as duas coisas, porque, evidentemente, um ato simulado é um ato ilícito, passivo de anulação pelo Código Civil.

Gosto de destacar esta necessidade da não simulação e, boa parte dos estudiosos sobre planejamento tributário também o faz, porque, em matéria de planejamento tributário, reside exatamente na simulação o grande problema.

Então, essa ilicitude que poderia ter parado na segunda parte do problema, assume importância tão grande que merece ser colocado em destaque.²

A recorrente alega a ocorrência de erro de proibição, uma vez que o BNDES teria vendido a prazo moedas de privatização para instituições financeiras, para que pudessem participar do programa de desestatização utilizando os papéis adquiridos. Ocorre que o BNDES simplesmente vendia títulos a prazo. Certamente esta compra e venda a prazo não era seguida de outras duas compra e venda à vista de modo que os títulos vendidos retornassem à custódia do banco, através de uma operação triangular, resultando disso uma operação de crédito, como ocorreu nas 159 operações efetuadas pela recorrente e identificadas pela fiscalização.

O erro de proibição é matéria de culpabilidade. E como nos ensina Cezar Roberto Bitencourt³:

Com a evolução do estudo da culpabilidade, não se exige mais a consciência da ilicitude, mas, sim, a potencial consciência. Não se trata de uma consciência técnico-jurídica, formal, mas da consciência profana do injusto, constituída do conhecimento da anti-socialidade, da imoralidade ou da lesividade de sua conduta, E, segundo os penalistas, essa consciência provém das normas de cultura, dos princípios morais e éticos, enfim,

¹ Ricardo Mariz de OLIVEIRA, *Cisão, Fusão e Incorporação como Instrumentos de Planejamento Tributário*. Revista de Estudos Tributários Nº 5, p.122.

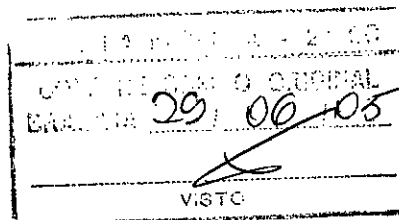
² *Ibid.* p.122.

³ Cezar Roberto BITENCOURT, *Erro de Tipo e Erro de Proibição: uma análise comparativa*, p. 86, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.015831/2001-57
Recurso nº : 122.327
Acórdão nº : 204-00.084



2º CC-MF
Fl.

dos conhecimentos da vida em sociedade. São conhecimento que no dizer de Binding⁴, 'vêm naturalmente com o ar que a gente respira'.

Para uma instituição financeira pertencente a um grande grupo como o Bozano, Simonsen, não seria difícil perceber a diferença entre o simples contrato de compra e venda a prazo efetuado pelo BNDES e o conjunto de três contratos interconectados realizados pela recorrente. Assim, não merece acolhida a alegação de erro de proibição.

Não procede, também, a alegação de que não teria havido a efetiva comprovação da existência de simulação. Não é crível ser mera coincidência que, nas 159 operações de compra e venda a termo de títulos identificadas pela fiscalização, tais títulos tenham voltado à custódia da recorrente sempre da mesma forma, ou seja, através de operações triangulares, em que o cliente da recorrente vendia à vista os mesmos títulos adquiridos a prazo para o Banco Bozano Simonsen, que os revendia, também à vista, de volta para a recorrente, tudo isto no mesmo dia. Essas triangulações, perfeitamente caracterizadas nos extratos do SELIC e do CETIP presentes nos autos, faziam com que não houvesse a efetiva transmissão dos títulos aos seus compradores. E mais, demonstrando suas verdadeiras intenções, os clientes da recorrente contabilizavam as operações como mútuo.

Para justificar não ter praticado simulação, a recorrente cita o Acórdão nº 101.93616, proclamado em 20/09/2001, pela Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

IRPJ - CSLL - SIMULAÇÃO - OPERAÇÕES DE SWAP - Para que se possa caracterizar a simulação relativa é indispensável que o ato praticado, que se pretende dissimular sob o manto do ato ostensivamente praticado, não pudesse ser realizado por vedação legal ou qualquer outra razão. Se as partes queriam e realizaram negócio sob a estrutura de swap para atingir indiretamente economia de tributos não restou caracterizada a declaração enganosa de vontade, essencial na simulação.

No entanto, quando se analisa o acórdão, nota-se que ele se refere a dois atos: (1) o ostensivamente praticado, que no caso em tela é a compra e venda a prazo de títulos e (2) o ato dissimulado, aqui considerado, a operação de crédito. Assim, segundo o julgado, para se caracterizar a simulação relativa, seria indispensável que a operação de crédito, que se pretende dissimular sob o manto da operação de compra e venda a prazo de títulos, não pudesse ser realizada por vedação legal ou qualquer outra razão. É exatamente o que acontece no caso em análise, vez que é defeso às distribuidoras de títulos e valores mobiliários conceder empréstimos (art. 12, inciso I, Resolução CMN nº 1.653/89). Cumpriram-se, assim, uma das exigências para que a simulação relativa fique caracterizada.

A recorrente alega que a simulação não implica no agravamento da multa e que o conceito que realmente importa para a verificação do cabimento ou não da multa agravada é o de fraude e não o de simulação. Justifica esta afirmação pelo fato de o art. 44, da Lei nº 9.430/96, que estabelece a multa de 150%, assim como os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 por ele referidos, não mencionarem a simulação.

Entretanto, a jurisprudência do Conselho de Contribuintes é pacífica no sentido de que, aos casos de simulação, aplica-se a multa agravada, como se verifica no seguinte julgado:

⁴ Apud Armin Kaufmann, *Teoria de las normas*, p.35



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.015831/2001-57
Recurso nº : 122.327
Acórdão nº : 204-00.084

MIN. DA FAZENDA - 2ª CC
CE. TRIBUT. C. ORÇ. E FIN.
RELAÇÃO 29/06/05
VISTO

2ª CC-MF
Fl.

2º Conselho de Contribuintes / 3ª Câmara / Acórdão 203-08956

PIS – COMPROVAÇÃO DE VENDA A EMPRESA COMERCIAL EXPORTADORA – RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR. Consideram-se destinadas ao fim específico de exportação as mercadorias que forem diretamente remetidas do estabelecimento do produtor-vendedor para embarque de exportação por conta e ordem da empresa comercial exportadora, sob regime aduaneiro extraordinário de exportação, nas condições estabelecidas em regulamento.

MULTA AGRAVADA. É aplicável nos casos de fraude, dolo ou simulação. Recurso negado. (grifos nossos)

O equívoco do recorrente está em não vislumbrar que a simulação está contida nos conceitos de sonegação e de fraude dados, respectivamente pelos arts. 71 e 72, da Lei nº 4.502/64:

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, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Pois bem, a simulação é uma das espécies de ação dolosa, não a única, que impede a ocorrência do fato gerador ou o seu conhecimento por parte da autoridade fazendária. É o que nos ensina Ricardo Mariz de Oliveira⁵:

Observe-se, também, que a existência de simulação – mas não apenas quando houver simulação – pode qualificar a evasão fiscal, elevando-a à categoria de ilícito criminal, outrora e ainda chamada de ‘sonegação fiscal’, desde que as circunstâncias subsumam o fato a um dos crimes contra a ordem tributária, descritos na Lei nº 8.137/1990. (grifos nossos)

Ou seja, a simulação pode caracterizar a evasão fiscal como ilícito criminal, presentes alguns elementos previstos na Lei nº 8.137/90, como, por exemplo, os do art. 2º, inciso I, que dispõe constituir crime contra a ordem tributária:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; (grifos nossos)

E para deixar claro que aqui se está tratando de fraude no sentido de “conduta dolosa e ardilosa que corresponda a uma agressão à previsão contida na norma jurídica”⁶ e

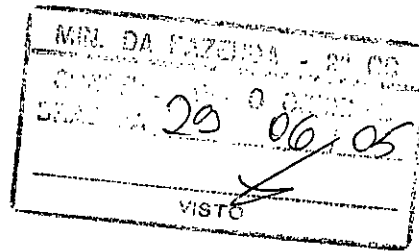
⁵ Ricardo Mariz de OLIVEIRA, *Planejamento Tributário – Teoria e Prática perante o Imposto de Renda*, in *Planejamento Fiscal – Teoria e Prática*, 2º volume, p.110, coordenador Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo, Dialética, 1998.

⁶ Marco Aurélio GRECO, *Multa Agravada e em Duplicidade*, *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 76, p.149.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.015831/2001-57
Recurso nº : 122.327
Acórdão nº : 204-00.084



2ª CC-MF
Fl.

não da chamada fraude civil ou fraude à lei⁷, passamos a transcrever um trecho do parecer de Marco Aurélio Greco, também presente no recurso, porém, agora, acrescido de alguns parágrafos omitidos pelo recorrente, a fim de que a verdadeira opinião do autor venha à tona:

Como exposto, o termo 'fraude' pode se referir a duas situações distintas: a fraude à lei e a fraude contra o Fisco.

Na primeira, o agente busca no ordenamento jurídico uma proteção para sua conduta; portanto, o que está sendo agredido (fraudado) é o ordenamento em seu conjunto. É a chamada fraude civil.

Na segunda hipótese, o Fisco, em razão dos fatos ocorridos, tem um interesse a ser protegido (um crédito a haver) que é impedido ou frustrado pela conduta do contribuinte. É o que se poderia chamar de fraude em sentido estrito ou de feição penal.

É nitido que o inciso II do art. 44 [da Lei nº 9.430/96] está se referindo a este tipo de fraude e não ao primeiro. Tanto é assim que a parte final do dispositivo é explícita ao prever que a incidência de multa de 150% dar-se-á independentemente de 'outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis'.

Ora, se a lei em questão estabelece que a multa tributária incidirá independente de outras penalidades, inclusive criminais, isto significa que o pressuposto de fato sobre o qual incide o dispositivo é um pressuposto de fato que também se enquadra em norma penal.⁸ (grifos nossos)

No caso em exame, a simulação foi a conduta praticada pela recorrente para impedir que o Fisco tomasse conhecimento dos fatos geradores relativos ao IOF referente aos empréstimos dissimulados em operações triangulares de compra e venda de títulos.

A recorrente alega que o auto de infração desconsiderou o caráter continuado das infrações, haja vista a unicidade da conduta adotada. Afirma que, se o tivesse feito, a pena prevista na Lei nº 9.430/96 deveria ser aplicada apenas uma vez, já que seria o caso de infração continuada e não de múltiplas infrações, capazes de autorizar a imposição de penas individualizadas para cada uma delas.

De início, cabe analisar o art. 44, da Lei nº 9.430/96, que estabelece as multas a serem aplicadas nos casos de lançamento de ofício. Dispõe o artigo:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

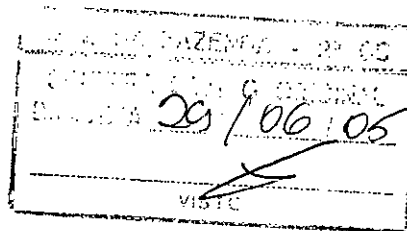
II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

⁷ Segundo Marco Aurélio Greco, a "fraude civil" ou "fraude à lei" "corresponde à hipótese em que alguém busca, no próprio ordenamento jurídico, uma norma na qual enquadre seu comportamento, para o fim de, assim fazendo, contornar a aplicabilidade de uma norma imperativa". *Op. cit.*, p.149.

⁸ *Ibid.* p.153.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.015831/2001-57
Recurso nº : 122.327
Acórdão nº : 204-00.084

Marco Aurélio Greco⁹ afirma que o inciso I é claro ao prever duas hipóteses de incidência de multa: a) falta de pagamento ou recolhimento; b) pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o recolhimento de multa moratória. Já o inciso II não prevê hipóteses autônomas de infração, mas apenas completa as hipóteses do inciso I que tenham uma especial feição ligada ao seu elemento subjetivo – intuito de fraude. Portanto, a multa foi aplicada, pela autoridade lançadora, devido à falta de pagamento do IOF. O percentual de 150% utilizado foi motivado pela presença da simulação.

Outro ponto a ser destacado é o de que as multas previstas pelo artigo em comento são constituídas por valores proporcionais ao valor do imposto devido ou pago em atraso. No caso do inciso I, 75% do imposto devido e, no do inciso II, 150%.

É certo que a figura da infração continuada aparece em algumas normas tributárias. Exemplo disso é o § 1º, do art. 74, da Lei nº 4.502/64:

Art. 74. Apurando-se, no mesmo processo, a prática de duas ou mais infrações pela mesma pessoa natural ou jurídica, aplicam-se cumulativamente, no grau correspondente às penas a elas cominadas, se as infrações não forem idênticas ou quando ocorrerem as hipóteses previstas no art. 85 e em seu parágrafo.

§ 1º Se idênticas as infrações e sujeitas à pena de multas fixas, previstas no art. 84, aplica-se, no grau correspondente, a pena, cominada a uma delas, aumentada de 10% (dez por cento) para cada repetição da falta, consideradas, em conjunto, as circunstâncias atenuantes e agravantes, como se de uma só infração se tratasse. (grifos nossos)

(...)

Ocorre que, no caso em tela, a figura da infração continuada não pode ser considerada para efeito de estabelecimento da pena por pura falta de previsão legal. Nem mesmo por analogia poderia ser ela utilizada, já que a consideração da infração continuada é sempre feita para as multas fixas e nunca para as proporcionais, como as aplicadas no auto de infração lavrado. Este é o caso do § 1º, do art. 74, da Lei nº 4.502/64, já citado, assim como das duas decisões transcritas no recurso.

Nem mesmo nos casos de multa aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória, como a motivada pelo atraso da entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), tem prosperado a argumentação para consideração da infração continuada na fixação da pena, como demonstra o Acórdão nº 203-07465, de 22/06/2001, da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes:

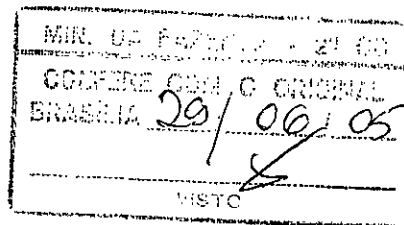
DCTF – MULTA PELA ENTREGA A DESTEMPO – ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – É competência exclusiva do Poder Judiciário a apreciação de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade das normas tributárias – INFRAÇÃO CONTINUADA – A legislação de regência estabelece uma multa para cada omissão, dimensionada em função do tempo decorrido entre o momento em que se deveria cumprir a obrigação de entregar a DCTF e o momento da apuração do cometimento da falta. Recurso negado. (grifos nossos)

⁹ Op. cit., p.152



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.015831/2001-57
Recurso nº : 122.327
Acórdão nº : 204-00.084



2º CC-MF
Fl. _____

Melhor sorte não merece os argumentos sobre a inaplicabilidade da Taxa SELIC, pelas razões seguintes:

- é indubitável ser o lançamento tributário atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, o que restringe o proceder da autoridade fiscal aos estreitos termos da lei. Por conseguinte, não fica ao alvedrio dos agentes do Fisco estipular os percentuais dos encargos legais a serem exigidos do sujeito passivo, pois a própria lei já os especificam. No caso presente, os juros foram calculados em percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, conforme determinação dada pelo § 3º do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996.

Desse modo, como a fluência dos juros moratórios, a partir do vencimento dos tributos e contribuições, decorre de expressa disposição legal, não se pode imputar vício ao ato de lançamento no qual formalizou-se o crédito tributário inadimplido com os acréscimos determinados por lei.

Quanto à suposta ilegalidade ou inconstitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC como índice dos juros de mora, alegada pela recorrente, é de se observar que à autoridade administrativa não compete a apreciação da constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias.

Assim, como os dispositivos legais relativos aos juros de mora objeto da presente lide não foram julgados inconstitucionais, tampouco tiveram sua execução suspensa pelo STF, não se pode negar-lhe vigência, agindo, pois, corretamente, a Fisco ao aplicar-lhes ao lançamento.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 17 de maio de 2005

Henrique Pinheiro Torres
HENRIQUE PINHEIRO TORRÉS