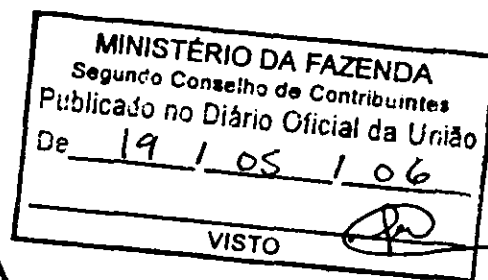




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948



2º CC-MF
Fl.

Recorrente : RBS PARTICIPAÇÕES S/A
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/10/2005

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

IOF-CÂMBIO. FATO GERADOR. Para que se concretize a hipótese de incidência do IOF incidente sobre operações de câmbio, faz-se necessário o ingresso no País de moeda estrangeira ou a remessa de divisas para o exterior. Ausentes, não há que se falar em operação cambial e, conseqüentemente, em incidência do IOF-Câmbio. Auto de infração lavrado com base em meras especulações da fiscalização, e não em razão de descumprimento da norma tributária.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **RBS PARTICIPAÇÕES S/A.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.** Os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Jorge Freire e Henrique Pinheiro Torres votaram pelas conclusões. Esteve presente ao julgamento o Dr. Amilton Dias de Souza, advogado da Recorrente.

Sala das Sessões, em 10 de novembro de 2004

Henrique Pinheiro Torres
Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Marcelo Marcondes Meyer Kozlowski
Marcelo Marcondes Meyer Kozlowski
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Nayra Bastos Manatta, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.
cl/



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília-DF, em 29/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleuzal Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Recorrente : RBS PARTICIPAÇÕES S/A

RELATÓRIO

Trata-se de impugnação à exigência do crédito tributário constituído pelo Auto de Infração de fls. 04/08, lavrado contra a Contribuinte em epígrafe pela DRF/Porto Alegre - RS, em 21 de setembro de 2001. A exigência refere-se ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários – IOF, acrescido da multa de ofício qualificada de 150% e dos juros de mora, no montante de R\$ 14.869.449,93 (quatorze milhões, oitocentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e quarenta e nove reais e noventa e três centavos), pelas razões a seguir descritas.

Conforme Relatório Fiscal de fls. 11/32, teria a Contribuinte incorrido em irregularidades cambiais e ilícitos fiscais, por haver tomado empréstimos no exterior, em moeda estrangeira, em operações não registradas no Banco Central do Brasil – BACEN, tendo assim ocultado das autoridades monetárias o endividamento contraído e o suposto ingresso dos recursos obtidos desses empréstimos; e, das autoridades fiscais, a ocorrência do fato gerador do IOF incidente sobre a conversão dos recursos obtidos no exterior para reais.

No período de 1996 a 1998, a Contribuinte captou recursos no exterior, contabilizando-os sob as rubricas “Credores Diversos” e “Banco Financiamento Moeda Estrangeira – Capital de Giro”, cujas cópias dos registros contábeis encontram-se às fls. 445 a 536. Os contratos correspondentes às 6 (seis) operações de captação de recursos no exterior têm as seguintes características:

Empréstimo levantado mediante lançamento de “FIXED RATE NOTES” no mercado externo, lançado por J. P. Morgan Securities Ltd., no valor de US\$ 125.000.000,00, com vencimento para 01/04/2007, para fins de capital de giro, conforme Certificado de Registro Nº 441/00260, do Banco Central do Brasil, datado de 19/05/1997, de fls. 96/115;

Empréstimo levantado mediante lançamento de “FIXED RATE NOTES” no mercado externo, lançado por Oppenheimer & Co. INC., no valor de US\$ 50.000.000,00, com vencimento para 13/12/2003, conforme Certificado de Registro Nº B41/00662, do Banco Central do Brasil, datado de 15/05/1996, de fls. 116/128;

Empréstimo levantado mediante a colocação no mercado externo de *Euro-Commercial Paper* pela RBS Participações S/A e compra pelo Banco Citibank Internacional PLC, em 26/09/1996, no valor de US\$ 18.000.000,00, fls. 129 a 168;

Empréstimo levantado mediante a colocação no mercado externo de *Euro-Commercial Paper* pela RBS Participações S/A e compra pelo Banco Chase Manhattan Internacional Limited, em 27/03/1998, no valor de US\$ 40.000.000,00, fls. 372 a 396;

Contrato particular de empréstimo, entre Caboparbs Ltd. e RBS Participações S/A, datado de 19/12/1996, no valor de US\$ 45.000.000,00 equivalente a R\$ 46.657.337,02, fls. 397 a 413; e



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 23/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleuza Takafuji
Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Contrato particular de empréstimo, entre Caboparbs Ltd. e RBS Participações S/A, datado de 27/12/1996, no valor de US\$ 65.500.000,00 equivalente a R\$ 67.890.750,00, fls. 414 a 442.

O Auto de Infração em questão refere-se ao IOF incidente sobre o suposto ingresso no país dos recursos, em moeda estrangeira, captados pelos empréstimos acima descritos, obtidos no decorrer de 1996.

Para os quatro últimos empréstimos, segundo os termos da autuação, o contribuinte não solicitou autorização prévia ao BACEN e não procedeu ao registro do capital estrangeiro ingressado no país. Assevera a fiscalização que para a internalização dos recursos o impugnante valeu-se do artifício da compra e venda de títulos estrangeiros, custodiados no exterior, ocultando assim a ocorrência do fato gerador do IOF, que passou a ser exigido pelo Auto de Infração, em questão, a partir do registro dos empréstimos na contabilidade da Contribuinte e o correspondente ingresso dos reais em sua conta-corrente.

No entender da fiscalização, a internalização dos recursos da forma como foi feita pela Contribuinte, fere disposições estabelecidas pela autoridade monetária do país em relação ao ingresso de divisas, mais especificamente, o disposto no artigo 3º da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, o artigo 1º da Resolução CMN nº 2.337, de 28 de novembro de 1996 e a ocultação da ocorrência do fato gerador do IOF incidente sobre a troca de moeda estrangeira por nacional revela evidente intuito de fraude, consoante definição de sonegação, fraude e conluio, dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, respectivamente.

Cumprе acrescentar ter sido formalizada Representação Fiscal para Fins Penais pelos auditores fiscais autuantes (fl. 680), tendo sido constituído o Processo nº 11080.009843/2001-34.

Irresignada a Contribuinte apresentou a impugnação de fls. 681/719, em 23 de outubro de 2001, pugnando pelo cancelamento do Auto de Infração, alegando em síntese que:

(i) é desnecessário o registro dos empréstimos no Banco Central, segundo as disposições da Lei nº 4.131/1962, pelo fato de esta não ser aplicável ao caso, por não ter havido entrada ou ingresso de capital pertencente a residente ou domiciliado no exterior, mas apenas ter ocorrido a aquisição de títulos, que foram posteriormente revendidos a domiciliados no Brasil, em operações de compra e venda de títulos em reais;

(ii) o fato gerador do IOF - Câmbio requer a realização de câmbio, que não foi contratado e liquidado para a internalização dos recursos captados no exterior em moeda estrangeira;

(iii) o presente caso não se configura como um negócio jurídico indireto e, ainda que o fosse, seria válido e eficaz;



Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleuza Takafuji
Secretaria da Segunda Câmara

(iv) não é legítima a “interpretação econômica” aparentemente pretendida pela Fiscalização, por força dos princípios da segurança jurídica, da legalidade estrita e da tipicidade em matéria fiscal;

(v) a aplicação da multa de 150% não tem fundamento, pois a multa majorada só pode ser aplicada aos casos em que a Fiscalização conseguir demonstrar a evidência do intuito de prática de fraude.

(vi) por fim, aduz que a aplicação da taxa SELIC, para o cálculo dos juros de mora, é inadequada porque a par de carecer de completa previsão em lei quanto à sua forma de cálculo, não deve ser aplicada no campo tributário visto ter sido criada e regulamentada pelo Banco Central do Brasil.

À fl. 728, acórdão prolatado pela 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo, assim ementado:

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

Data do fato gerador: 27/09/1996, 04/10/1996, 20/12/1996, 27/12/1996, 30/12/1996, 02/01/1997, 03/01/1997, 06/01/1997, 07/01/1997

Ementa: FATO GERADOR DO IOF-CÂMBIO. DESNECESSIDADE DA LIQUIDAÇÃO DE CONTRATO DE CÂMBIO. Ocorre o fato gerador do IOF-Câmbio em operações de troca de moeda estrangeira por nacional, ou vice-versa, mesmo que não seja liquidado um contrato formal de câmbio. É devido o IOF-Câmbio na captação de recursos em moeda estrangeira no exterior, ainda que o contribuinte para fazer ingressar os recursos no país tenha usado o estratagema da compra de títulos custodiados no exterior e a venda desses no mesmo dia em reais no país. O momento da ocorrência do fato gerador do IOF-Câmbio é o da efetivação da entrega do montante em reais, que se caracteriza pelo depósito em conta-corrente, contabilizado pelo contribuinte, em valores equivalentes aos captados em moeda estrangeira em empréstimos no exterior.

EMPRÉSTIMOS EM MOEDA ESTRANGEIRA. REGISTRO NO BACEN. A necessidade da anuência prévia da autoridade monetária para a assunção de obrigações no exterior por residentes, bem assim a obrigatoriedade do registro dos recursos ingressados no país, no Banco Central do Brasil, órgão detentor do monopólio do câmbio e responsável pelo acompanhamento do capital estrangeiro no país, são decorrentes do seu poder regulador e da legislação de regência.

NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO. O negócio jurídico, para traduzir-se em um comportamento elisivo, legalmente aceito, não pode fraudar o sistema normativo em que foi erigido. O negócio jurídico indireto é composto por



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 25/10/2005

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

vários negócios jurídicos e é suficiente que apenas um esteja eivado de ilicitude para restar contaminado o resultado pretendido. A internalização de recursos provenientes de empréstimos no exterior, sem o controle da autoridade monetária, por meio da compra de títulos no exterior e a venda destes no mesmo dia no país em reais caracteriza um ilícito cambial, não havendo falar-se em negócio jurídico indireto.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO. A multa de ofício será agravada nos casos de evidente intuito de fraude, tendente a ocultar dolosamente da administração a ocorrência do fato gerador. A ocultação do fato gerador do IOF-Câmbio, possível pelo encobrimento do ingresso de capital estrangeiro no país com o ajuste de várias pessoas, constitui conluio, fraude e sonegação, nos termos da lei.

TAXA SELIC. Utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo transigir.

Lançamento Procedente."

Às fls. 768/819, recurso voluntário interposto pela Contribuinte, basicamente repisando os argumentos já aduzidos em sede de impugnação e apontando, ademais, diversas contradições existentes na r. decisão recorrida.

É o relatório.



Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleuzi Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
MARCELO MARCONDES MEYER-KOZLOWSKI

Verifico, inicialmente, que o Recurso Voluntário é tempestivo e trata de matéria de competência deste Egrégio Conselho. Instruído com a prova de arrolamento de bens e direitos de fl. 820, do mesmo conhecimento.

Na forma do demonstrativo de apuração (fl. 05), foram considerados como fatos geradores do IOF-Câmbio, as vendas pela Recorrente a empresas nacionais dos títulos por ela adquiridos no exterior, tendo se adotado como fundamentação legal da presente autuação os seguintes dispositivos legais:

Lei nº 8.894/94

"Art. 5º O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF), incidente sobre operações de câmbio será cobrado à alíquota de vinte e cinco por cento sobre o valor de liquidação da operação cambial.

Parágrafo único. O Poder Executivo poderá reduzir e restabelecer a alíquota fixada neste artigo, tendo em vista os objetivos das políticas monetária, cambial e fiscal.

Art. 6º São contribuintes do IOF incidente sobre operações de câmbio os compradores ou vendedores da moeda estrangeira na operação referente a transferência financeira para ou do exterior, respectivamente.

Parágrafo único. As instituições autorizadas a operar em câmbio são responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto."

Decreto nº 1.815/96

"Art. 1º. O imposto, nos termos do art. 63, inciso II, do Código Tributário Nacional, sobre Operações de Câmbio, incidirá sobre o contravalor em reais da moeda estrangeira ingressada decorrente de ou destinada a:

I - empréstimos em moeda;

Art. 3º Os recursos utilizados nas finalidades previstas no art. 1º, que tenham sido incorretamente classificados quando do ingresso da moeda estrangeira, sujeitam-se igualmente ao imposto, sem prejuízo das penalidades aplicáveis, em especial aquelas previstas no art. 23 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, com a redação dada pelo art. 72 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995."

Lei nº 4.131/62

"Art. 3º Fica instituído, na Superintendência da Moeda e do Crédito, um serviço especial de registro de capitais estrangeiros, qualquer que seja sua forma de ingresso no País, bem como de operações financeiras com o exterior, no qual serão registrados:

a) os capitais estrangeiros que ingressarem no País sob a forma de investimento direto ou de empréstimo, quer em moeda, quer em bens;



Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

b) as remessas feitas para o exterior com o retorno de capitais ou como rendimentos desses capitais, lucros, dividendos, juros, amortizações, bem como as de "royalties", ou por qualquer outro título que implique transferência de rendimentos para fora do País;

c) os reinvestimentos de lucros dos capitais estrangeiros;

d) as alterações do valor monetário do capital das empresas procedidas de acordo com a legislação em vigor.

Parágrafo único. O registro dos reinvestimentos a que se refere a letra "c" será devido, ainda que se trate de pessoa jurídica com sede no Brasil mas filiada a empresas estrangeiras ou controlada por maioria de ações pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas com residência ou sede no estrangeiro."

Portaria MF nº 212, de 05 de setembro de 1996

"Art. 1º. O imposto de que trata o art. 1º do Decreto nº 1.815/96 será cobrado às seguintes alíquotas, calculadas sobre o contravalor em reais da moeda estrangeira ingressada decorrente de ou destinada a:

I – empréstimos em moeda com prazo médio:

a) inferior a três anos: cinco por cento;

IV – operações interbancárias realizadas entre instituições financeiras no exterior e bancos credenciados a operar em câmbio, no país: sete por cento;

V – constituição de disponibilidades de curto prazo, no país, de residentes no exterior: sete por cento;"

Portaria MF nº 241, de 31 de outubro de 1996

"Art. 1º. O imposto de que trata o art. 1º do Decreto nº 1.815/96 será cobrado às seguintes alíquotas, calculadas sobre o contravalor em reais da moeda estrangeira ingressada decorrente de ou destinada a:

I – empréstimos em moeda com prazo médio:

a) inferior a três anos: três por cento;

IV – operações interbancárias realizadas entre instituições financeiras no exterior e bancos credenciados a operar em câmbio, no país: sete por cento;

V – constituição de disponibilidades de curto prazo, no país, de residentes no exterior: sete por cento;"

Resolução CMN 2.337/96

"Art. 1º. Estabelecer que estão sujeitos a registro no Banco Central do Brasil, independentemente do tipo, meio e forma utilizados nas operações:

I – Os investimentos externos no País, os empréstimos e financiamentos concedidos a residentes no País, e as transferências de tecnologia contratadas entre residentes e não residentes no País em moeda nacional ou estrangeira, ou sob a forma de bens e serviços;

II – omissis



Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

III – O retorno, as remunerações e remessas dos capitais de que tratam os incisos I e II deste artigo.”

Observa-se, ao longo do Relatório Fiscal de fls. 11/32, especificamente às fls. 13/16, uma profunda preocupação dos Srs. Fiscais Autuantes em caracterizar as supostas irregularidades cambiais cometidas pela Recorrente, como se depreende a partir da análise dos seguintes excertos:

“Pode-se notar que, dos seis contratos de empréstimos externos celebrados, somente dois (...) foram devidamente registrados no Banco Central do Brasil – BACEN, que é a autoridade monetária e cambial encarregada de controlar as operações de câmbio no País conforme Lei no. 4.595/64 (...).

(...)

Os empréstimos de US\$ 18.000.000,00 e US\$ 40.000.000,00 tiveram origem na emissão de ‘Euro-Commercial Paper Program (The Program)’ conforme folder da companhia a fls. 169 a 371.

Os empréstimos de US\$ 45.000.000,00 e US\$ 65.500.000,00 tiveram origem nos contratos particulares de empréstimo celebrados com Caboparbs Ltd., empresa ligada da RBS PARTICIPAÇÕES S/A, com sede em ‘Cayman Islands’, docs. de fls. 397 a 414.

Ressalte-se que os 4 últimos empréstimos mencionados não tiveram nenhum registro no Banco Central do Brasil (...).

Esse procedimento, conforme será demonstrado a seguir, está totalmente em desacordo ao que dispõe o art. 3º da Lei nº 4.131, de 03 de setembro de 1962 e art. 1º da Resolução CMN Nº 2.337, de 28 de novembro de 1996 (...).

(...)

Verifica-se, todavia, que o procedimento utilizado pelo contribuinte consiste em uma irregularidade cambial, apresenta os exatos efeitos econômicos de uma operação de câmbio e, finalmente, propicia a fuga da tributação dos impostos incidentes sobre esta operação.” (grifos do original)

Primeiramente, urge destacar que fiscalização cambial não é atribuição da Secretaria da Receita Federal, mas sim do Banco Central do Brasil. Nesse diapasão, são impertinentes as elocubrações constantes do mencionado Relatório Fiscal sobre a licitude das operações celebradas pela Recorrente – mesmo porque, como já ressaltado, compete, única e exclusivamente ao BACEN, na esfera administrativa, o julgamento quanto à licitude das mesmas. Por essas razões, limitemo-nos à análise da *questão* no que concerne à eventual ocorrência do fato gerador do IOF-Câmbio.

Eis o fundamento jurídico constante do subitem 9.1 do Relatório Fiscal (fls. 23/24), no qual os Srs. Fiscais Autuantes descrevem o que denominaram ilícito fiscal, a justificar a lavratura do presente auto de infração:

“Como se pode notar pelas demonstrações financeiras da empresa Caboparbs Ltd., com sede em Cayman Islands, fls. 537 a 558, apresentadas sob intimação, não havia recursos suficientes para conceder empréstimos nos montantes de



Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleuzá Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

US\$ 45.000.000,00 e US\$ 65.500.000,00 pactuados com a RBS Participações S/A.

A Caboparbs Ltd. Obteve os recursos contraindo empréstimos com o Banco Morgan Guaranty Trust no exterior para então repassa-los a sua ligada no Brasil, ou seja, a Caboparbs Ltd. Não tinha recursos próprios suficientes para conceder empréstimos naqueles montantes.

Caso a própria RBS Participações S/A tomasse os empréstimos, diretamente do Banco J.P. Morgan, os mesmos seriam registrados no Banco Central do Brasil da mesma forma que foram os empréstimos de US\$ 125.000.000,00 e US\$ 50.000.000,00 e o IOF devido seria exigido quando da internalização dos recursos nos termos da Lei nº 8.894/94, do Decreto nº 1.815/96 e Portarias MF 212/96 e 241/96 (...). "(grifos nossos)"

Cumpre aqui salientar que não pode a Fiscalização fazer especulações como estas ora apresentadas. Não se lavra um auto de infração baseado em hipóteses ou comparações, mas sim diante de flagrante descumprimento da norma tributária. Isto sem mencionar que o fato da empresa estrangeira denominada Caboparbs Ltd. ter contraído empréstimo no mercado financeiro para, posteriormente, firmar contrato de mútuo com a Recorrente é matéria absolutamente estranha à presente autuação, da mesma forma como estranhas são as proposições levantadas pelos Srs. Fiscais Autuantes quanto aos eventuais efeitos tributários que eventualmente teriam operações que sequer foram realizadas pela Recorrente.

De toda a sorte, ainda que os efeitos alcançados pela Recorrente por meio de suas operações sejam "análogos" àqueles que seriam obtidos "*caso a própria RBS Participações S/A tomasse os empréstimos, diretamente do Banco J.P. Morgan*", certo é que, por força do disposto § 1º do artigo 108 do Código Tributário Nacional, "*o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.*", o que, por si, já aniquilaria a exigência fiscal.

Entretanto, observo se fazer necessário definir, de uma vez por todas, que o presente auto de infração não teve o intuito de constituir créditos tributários referentes ao IOF incidente sobre os empréstimos tomados no Exterior pela Recorrente. Em verdade, objetivava constituir aqueles créditos relativos ao IOF incidente sobre operações de compra e venda, em território nacional, de títulos estrangeiros caucionados no exterior, consideradas operações cambiais pelo Fisco como, repita-se, se verifica do demonstrativo de apuração de fl. 05.

Analisemos, individualizadamente, as operações apontadas como "ilegais":

1ª Operação – Empréstimo de US\$ 18.000.000,00

Em 19.09.96, recebeu a Recorrente correspondência do Banco Citibank International plc. "confirmando os detalhes de emissão e compra dos Euro-Commercial Paper, conforme instrumento de fls. 130, 139 e 140, no valor de US\$ 18.000.000,00, conforme registros no livro razão e planilha de fls. 129, 446 e 447", na forma do Relatório Fiscal de fls. 11/32.



Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Cinco dias mais tarde, em 24.09.96, comprou a Recorrente títulos argentinos (Argentine Floating Rate Past Due Interest Bonds) da instituição financeira Crédit Lyonnais (Uruguay) S/A, no valor de US\$ 14.671.033,38, com pagamento a ser efetuado em 27.09.96 (fls. 131 e 142 a 144).

Naquela mesma data, 24.09.96, com aqueles títulos já em seu nome, vendeu-os a Recorrente a empresas nacionais (Globo Comunicações e Participações Ltda., Net Sat Serviços Ltda. e Cindam S/A Com. Exportadora) pelo valor total de R\$ 14.937.594,30.

Em 30.09.96, comprou a Recorrente mais US\$ 1.979.595,81 em títulos argentinos junto ao Crédit Lyonnais (Uruguay) S/A, vendendo-os, naquele mesmo dia, à empresa nacional Com. E Ind. Brasileira Coinbra, pelo valor de R\$ 2.016.814,69.

Segundo o Relatório Fiscal de fls. 11/32, "o valor total recebido referente às vendas dos títulos (...) foi de R\$ 16.954.409,09 conforme registros no livro razão de fls. 447 e 448, onde se constata uma pequena diferença do valor líquido liberado do empréstimo de R\$ 16.951.532,25 já que houve a cobrança antecipada dos juros e de despesas bancárias demonstrado nos cálculos de fls. 129".

O "caminho de volta" deu-se da seguinte maneira: nos dias 26.03.97 e 03.04.97, comprou a Recorrente, de empresas brasileiras (Cia. Siderúrgica Paulista, Refinadora de Óleos Brasil e Fratelli Vita Bebidas), o equivalente a R\$ 18.770.026,64 em títulos argentinos (Argentine Global Bond), fls. 148/168, títulos que foram vendidos ao Crédit Lyonnais (Uruguay) S/A que, a seu turno, depositou o valor do respectivo pagamento (US\$ 18.000.000,00) em uma conta da Recorrente na agência do Banrisul em Grand Cayman (fls. 147, 149, 150, 152, 153 e 155). Posteriormente, utilizou-se a Recorrente deste montante para fazer o pagamento de seu empréstimo junto ao Citibank.

2º Operação – Empréstimo de US\$ 45.000.000,00

Em 18.12.96, comprou a Recorrente US\$ 45.000.000,00 em títulos argentinos (Argentine Floating Rate Due Interest Bonds) da empresa estrangeira Caboparbs Ltd., sendo certo que, na forma do Instrumento Particular de Compra e Venda de Ativos de fl. 398, este preço "será pago na forma, prazo e com os acréscimos previstos em contrato de mútuo a ser celebrado até 20/12/1996."

Naquele mesmo dia, já na qualidade de proprietária daqueles títulos, vendeu-os a Recorrente a empresas nacionais (Selling Imp. e Com. Ltda., Belkuper Fom. Com. Ltda., Cacique Fom. Com. Ltda., Chelsen Emp. e Part. Ltda., Ind. J.B. Duarte S/A, Cosigua e Bombril S/A) pelo valor total de R\$ 46.657.337,03.

No dia seguinte à venda, celebrou a Recorrente o contrato de mútuo a que se referia o Instrumento Particular de Compra e Venda de Ativos celebrado com a empresa Caboparbs Ltd. (fl. 398), no valor de R\$ 46.657.337,02 (equivalente a US\$ 45.000.000,00), com estipulação de juros à razão de 8,56% ao ano (fl. 397).



Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

Com o escopo de pagar o empréstimo acima mencionado, adquiriu a Recorrente, da empresa White Martins Gases Industriais S/A), R\$ 48.967.443,93 em títulos argentinos (*Argentine Global Bond*), custodiados no exterior (fls. 407/408)

Estes mesmos títulos foram transferidos pela Recorrente à empresa Caboparbs Ltd. (fl. 410) como pagamento do débito de US\$ 45.000.000,00.

3ª Operação – Empréstimo de US\$ 65.500.000,00

Muito similar à operação anterior, esta última destacada pelos Srs. Fiscais Autuantes especificamente às fls. 21/22 dos presentes autos teve o seguinte desenvolvimento:

Em 24.12.96, adquiriu a Recorrente US\$ 35.385.912,50 em títulos argentinos (*Argentine Floating Rate Due Interest bonds*) da mesma empresa Caboparbs Ltd., quantia a ser paga conforme contrato de mútuo a ser celebrado até 30.12.96 (conforme contratos de fls. 415/416).

Posteriormente, em 27.12.96, adquire a Recorrente mais US\$ 7.425.519,00 em títulos argentinos e US\$ 7.839.000,00 em Notas do Tesouro Americano, todos da empresa Caboparbs Ltd., que serão pagos também conforme contrato de mútuo a ser celebrado até 30.12.96 (fls. 421, 427 e 429).

Nos dias 03.01.97 e 06.01.97, compra a Recorrente mais US\$ 14.849.567,50 em títulos argentinos de Crédit Lyonnais (Uruguay S/A), a serem pagos em 07.01.97 e 09.01.97, conforme contratos de fls. 431, 433 e 440 a 442.

Como observado no Relatório Fiscal (fl. 21), “o total de títulos comprados perfaz o montante de US\$ 65.500.000,00.”

A partir do dia 24.12.96, vendeu a Recorrente todos aqueles títulos a empresas nacionais (Ind. J.B. Duarte S/A, Com. E Ind. Brasileira Coinbra, Sílex Trading S/A, Plenum Serv. Part. Fomento Merc., Belkuper Fomento Comercial e Primo Schincariol Ind. Cervejas), pelo valor total de R\$ 67.725.412,94.

Em 27.12.96, foi celebrado o contrato de mútuo a que se referiam os contratos de fls. 415/416, no valor de R\$ 67.890.750,00 (equivalente a US\$ 65.500.000,00), com estipulação de juros à razão de 7,13% ao ano (fl. 414).

Por ser a Recorrente credora da empresa Teleparbs Participações S.A. de montante correspondente a R\$ 79.740.708,30, celebrou com esta, com a anuência da empresa Caboparbs Ltd., Termo de Assunção de Dívida e Quitação (fl. 437), transferindo àqueloutra o débito a que se referia o contrato de fl. 414.

A partir da leitura das descrições acima, verifica-se que em nenhuma das operações mencionadas no Relatório Fiscal de fls. 11/32 – especificamente nas vendas, pela Recorrente, em território nacional, dos títulos caucionados no exterior de sua propriedade



Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

a empresas nacionais – houve ingresso de moeda estrangeira ou remessa de divisas para o exterior.

Geraldo Ataliba, em sua obra clássica “Hipótese de Incidência Tributária” (Malheiro Editores, 5ª Edição, 8ª Tiragem, São Paulo, 1999, p. 62), ao tratar do nascimento da obrigação tributária, especificamente no tocante à ocorrência do fato impositivo e sua subsunção à hipótese de incidência, afirma que *“a configuração do fato (aspecto material), sua conexão com alguém (aspecto pessoal), sua localização (aspecto espacial) e sua consumação num momento fático determinado (aspecto temporal), reunidos unitariamente determinam inexoravelmente o efeito jurídico desejado pela lei: criação de uma obrigação jurídica concreta, a cargo de pessoa determinada, num momento preciso”* (grifos nossos).

Observe-se que, no presente caso, não houve a necessária configuração do fato (aspecto material), elemento essencial à criação da obrigação jurídica concreta, a saber, o ingresso de moeda estrangeira a que se referem os artigos 6º da Lei nº 8.894/95, 1º e 3º do Decreto nº 1.815/96, 1º da Portaria MF nº 212/96 e 1º da Portaria MF nº 241/96 utilizados como fundamento legal pelos Srs. Fiscais Autuantes e a seguir novamente transcritos:

Lei nº 8.894/94

“Art. 6º São contribuintes do IOF incidente sobre operações de câmbio os compradores ou vendedores da moeda estrangeira na operação referente a transferência financeira para ou do exterior, respectivamente.

Parágrafo único. As instituições autorizadas a operar em câmbio são responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto.”

Decreto nº 1.815/96

“Art. 1º. O imposto, nos termos do art. 63, inciso II, do Código Tributário Nacional, sobre Operações de Câmbio, incidirá sobre o contravalor em reais da moeda estrangeira ingressada decorrente de ou destinada a:

I - empréstimos em moeda;

Art. 3º Os recursos utilizados nas finalidades previstas no art. 1º, que tenham sido incorretamente classificados quando do ingresso da moeda estrangeira, sujeitam-se igualmente ao imposto, sem prejuízo das penalidades aplicáveis, em especial aquelas previstas no art. 23 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, com a redação dada pelo art. 72 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995.”

Portaria MF nº 212, de 05 de setembro de 1996

“Art. 1º. O imposto de que trata o art. 1º do Decreto nº 1.815/96 será cobrado às seguintes alíquotas, calculadas sobre o contravalor em reais da moeda estrangeira ingressada decorrente de ou destinada a:

I - empréstimos em moeda com prazo médio:

a) inferior a três anos: cinco por cento;



Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

*IV – operações interbancárias realizadas entre instituições financeiras no exterior e bancos credenciados a operar em câmbio, no país: sete por cento;
V – constituição de disponibilidades de curto prazo, no país, de residentes no exterior: sete por cento;”*

Portaria MF nº 241, de 31 de outubro de 1996

“Art. 1º. O imposto de que trata o art. 1º do Decreto nº 1.815/96 será cobrado às seguintes alíquotas, calculadas sobre o contravalor em reais da moeda estrangeira ingressada decorrente de ou destinada a:

I – empréstimos em moeda com prazo médio:

a) inferior a três anos: três por cento;

*.....
IV – operações interbancárias realizadas entre instituições financeiras no exterior e bancos credenciados a operar em câmbio, no país: sete por cento;
V – constituição de disponibilidades de curto prazo, no país, de residentes no exterior: sete por cento;”*

Apenas a título elucidativo, eis a razão pela qual não registrou a Recorrente as mencionadas operações perante o Banco Central do Brasil, na medida que o capital estrangeiro que ingressar no País (e não o que não ingressar) está sujeito a este controle, na forma do artigo 3º da Lei nº 4.131/62, citada pelos Srs. Fiscais Autuantes como fundamento legal a embasar a acusação da prática de ilícito cambial feita à Recorrente:

“Art. 3º Fica instituído, na Superintendência da Moeda e do Crédito, um serviço especial de registro de capitais estrangeiros, qualquer que seja sua forma de ingresso no País, bem como de operações financeiras com o exterior, no qual serão registrados:

a) os capitais estrangeiros que ingressarem no País sob a forma de investimento direto ou de empréstimo, quer em moeda, quer em bens;

b) as remessas feitas para o exterior com o retorno de capitais ou como rendimentos desses capitais, lucros, dividendos, juros, amortizações, bem como as de "royalties", ou por qualquer outro título que implique transferência de rendimentos para fora do País;

c) os reinvestimentos de lucros dos capitais estrangeiros;

d) as alterações do valor monetário do capital das empresas procedidas de acordo com a legislação em vigor.

Parágrafo único. O registro dos reinvestimentos a que se refere a letra "c" será devido, ainda que se trate de pessoa jurídica com sede no Brasil mas filiada a empresas estrangeiras ou controlada por maioria de ações pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas com residência ou sede no estrangeiro.”

Insisto em esclarecer não ter havido ingresso de moeda estrangeira nas operações retrocitadas porque:

A



Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

(i) os valores disponibilizados à Recorrente nas operações de crédito celebradas no exterior ora questionadas pelo Fisco jamais ingressaram no País, mas foram utilizados, também no exterior, para a compra de títulos argentinos e norte-americanos;

(ii) os valores por ela recebidos de empresas nacionais pela venda, em território nacional, dos títulos de sua propriedade, caucionados no exterior, foram todos pagos em moeda corrente do país, sem a ocorrência de qualquer operação cambial;

(iii) não houve a celebração de nenhum contrato de câmbio nas operações consideradas irregulares pelo Relatório Fiscal de fls. 11/32, donde impossível eventual liquidação das mesmas – o que por si só já obstruiria a incidência do IOF-Câmbio, na forma do inciso II do artigo 1º do Decreto nº 1.815/96 (“o imposto é devido na data da liquidação da operação de câmbio referente ao ingresso do valor em moeda estrangeira.”)

Ademais, para que se possa caracterizar a sugerida simulação que levou ao ilícito fiscal apontado pelos Srs. Fiscais Autuantes é indispensável que os atos praticados pela Recorrente não pudessem ter sido realizados, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão.

É necessário que se tenha em mente que os objetivos visados com a prática dos atos não interferem na sua qualificação. Portanto, se lícitos, as eventuais consequências contrárias ao Fisco devem ser qualificadas como caso de elisão fiscal e não de evasão ilícita.

Para fins de conclusão de meu posicionamento quanto à não-incidência do IOF-Câmbio nas operações acima descritas, ressalto que o mencionado tributo tem caráter eminentemente regulatório, extrafiscal, como esclarece Misabel Derzi, ao atualizar os comentários feitos pelo memorável Aliomar Balleiro ao artigo 63 do CTn em sua obra “Direito Tributário Brasileiro” (Ed. Forense, 11ª Edição, Rio de Janeiro, 1999, p. 462):

“O tributo mantém o seu perfil anterior, tradicional. Onera operações financeiras, independentemente de seu resultado, sem retratar a real capacidade econômica do contribuinte. Atingindo atos financeiros, presta-se à perseguição de fins extrafiscais (...).”

Ora, ausente, como evidenciado, a efetivação de qualquer operação cambial e, conseqüentemente, inexistente qualquer alteração nas reservas cambiais nacionais (não por outra razão mostra-se desnecessário seu registro no Banco Central do Brasil), inexistente a necessidade de intervenção regulatória do Estado por meio do IOF-Câmbio.

Estando exaustivamente demonstrada a não ocorrência do fato gerador do IOF-Câmbio nas operações celebradas pela Recorrente, cumpre analisar a pretensão da Fiscalização de fazer incidir o mencionado tributo mediante o manejo da interpretação econômica dos efeitos dos negócios jurídicos em tela.



Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleuzo Takafuji
Secretaria da Segunda Câmara

Na forma do Relatório Fiscal, à fl. 23, aduzem os Srs. Fiscais Autuantes que o objetivo daquelas operações *"não é a compra dos títulos para investimento, mas sim, o efeito econômico da operação, possibilitando, ora o ingresso dos recursos financeiros, ora permitindo a saída desses recursos. Ressalte-se que tais operações são feitas simultaneamente e sem o conhecimento da autoridade cambial, já que não há nenhum registro das mesmas no Banco Central do Brasil."*

O método da chamada interpretação econômica (*wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Auslegung der Steuergesetze*), criado e desenvolvido na Alemanha prénazista em 1919, encontrava seu embasamento legal nos § 4º e 5º do Código Tributário Alemão (*Abgabenordnung*) então em vigor:

"§ 4º – Na interpretação das leis fiscais deve-se ter em conta a sua finalidade, o seu significado econômico e a evolução das circunstâncias."

§ 5º – A obrigação do imposto não pode ser evitada ou diminuída mediante o abuso das formas e das possibilidades de adaptação do direito civil."

Estas definições foram reforçadas em 1934 pelo governo social-nacionalista de Adolf Hitler, com a promulgação da Lei de Adaptação Tributária Alemã, que determinava:

"§ 1º – Normas Tributárias."

1. *As leis fiscais devem ser interpretadas segundo as concepções gerais do nacional-socialismo.*
2. *Para isto deve-se ter em conta a opinião geral, a finalidade e significado econômico das leis tributárias e a evolução das circunstâncias.*
.....
3. *O mesmo vale para julgar os fatos.*

§ 6º – Abuso de Direito."

1. *A obrigação tributária não pode ser evitada nem reduzida por abuso das formas, nem pela interpretação abusiva das possibilidades formais do direito privado.*
2. *Em caso de abuso, os impostos devem ser cobrados conforme uma interpretação legal adequada aos efeitos, situação e fatos econômicos."*

Na verdade, de acordo com a doutrina nazista, era facultado à Administração Tributária inovar o direito escrito, estendendo a tributação fixada em lei para situações e fatos com igual dimensão econômica, com o único intuito de tributar o que pudesse e o que não pudesse, com vistas a fazer frente às despesas bélicas então suportadas por aquele país.

Como destacado pela Recorrente em sua impugnação (fl. 700), *"com a adoção de referida teoria estariam abertas as portas para o fiscalismo exacerbado e a insegurança jurídica, deixando o tributo de ser devido apenas e tão-somente quando verificada a hipótese de incidência prevista na lei, para poder ser exigido em toda e qualquer situação que o Fisco entendesse economicamente equivalente."*



Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleuza Takafuji
Secretaria da Segunda Câmara

É bem verdade que um reflexo dessa doutrina pode ser encontrado no parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar nº 104/01, que assim estabelece:

"Art. 116....."

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária." (grifos nossos)

Observe-se, entretanto, que nem este dispositivo legal teve por escopo aplicar a teoria da interpretação econômica da forma como sugerida pela doutrina alemã – por sinal, já há muito amenizada pelos próprios germânicos. Faz-se necessário, à sua aplicação, que o sujeito passivo tenha o intuito doloso de dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, além de que tal procedimento de desconsideração venha a ser especificamente regulamentado por lei ordinária.

Dissimular, a seu turno, na definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira ("Dicionário Aurélio Século XXI", Ed. Nova Fronteira, 1ª Edição, 2ª Impressão, 1999, p. 694), significa "1. *ocultar ou encobrir com astúcia; disfarçar*. 2. *Não dar a perceber; calar*. 3. *Fingir, simular*", dentre outras do mesmo sentido.

Tenho, portanto, que, no caso concreto, não se poderia sequer cogitar a aplicação da interpretação econômica por três simples motivos:

Primeiro, nosso sistema tributário ainda continua regido pelo princípio da legalidade, insculpido no inciso I do artigo 150 da Constituição Federal.

Segundo, na hipótese de se querer antecipadamente aplicar o disposto no parágrafo único do artigo 116 do CTN, mostra-se incompatível com a pecha da dissimulação a conduta da Recorrente em fazer minuciosamente todos os lançamentos contábeis relativos às operações questionadas, como, inclusive, reconhecido pelos Srs. Fiscais Autuantes. Quisesse ela calar, fingir ou disfarçar a ocorrência do suposto fato gerador, não teria ela criteriosamente descrito uma a uma as operações em sua contabilidade.

Terceiro, a norma insculpida no parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional ainda não foi regulamentada por lei ordinária, o que impede, de plano, a sua aplicação.

Chama a atenção o seguinte excerto extraído do voto condutor da r. decisão recorrida:

"A interpretação formal da norma tributária pode levar à conclusão de que não ocorre o fato impositivo quando se impede o nascimento da obrigação. Entretanto, cumpra salientar que ao lado da estrita legalidade, o texto



Processo nº : 11080.009697/2001-47
Recurso nº : 121.511
Acórdão nº : 202-15.948

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

constitucional igualmente determina que cada contribuinte, sempre que possível, pague os tributos conforme sua capacidade econômica. Não pode ser violado o princípio da capacidade contributiva pelo agente que ao utilizar-se de forma diversa, não prevista em lei, acaba por alcançar finalidade econômica idêntica, sem sujeitar-se à tributação originalmente prevista para aquela operação. Assim, aos princípios da legalidade e da tipicidade estrita, deve ser acrescido o da capacidade contributiva, igualmente constitucional, para justificar a correta aplicação da norma tributária.

(...)

Quando a prática elisiva ou evasiva inibe a eficácia da norma tributária, passa-se a restringir a plenitude dos referidos princípios da capacidade contributiva e da isonomia a um só tempo. A par do respeito aos princípios constitucionais, a autoridade fiscal não necessita de qualquer autorização para desconsiderar um simulacro de ato ou negócio jurídico feito apenas para não deixar transparecer, ocultar, ou até mesmo para encobrir a ocorrência do fato gerador.

Pensar diferente revelaria excessivo apego ao critério de interpretação literal (...).” (grifos nossos)

Primeiramente, o texto constitucional não determina que cada contribuinte, sempre que possível, pague os tributos conforme sua capacidade econômica. Em verdade, o comando insculpido no § 1º do artigo 145 da Carta Magna expressamente determina que *“sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitar os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”* Portanto, é norma direcionada à Administração Pública, que tem o direito-dever de tributar, mas respeitando os direitos individuais e, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A partir da leitura do trecho acima transcrito, pode-se concluir que sua autora, ao valer-se daquela interpretação sofismática do princípio da capacidade contributiva como escudo à aplicação da teoria da interpretação econômica, pretendeu, na verdade, fazer justiça tributária baseada não na lei, mas em suas convicções pessoais, o que não se pode admitir.

No tocante à multa imposta, na qualidade de obrigação acessória, perdeu objeto sua discussão, na medida em que ausente o fato gerador da obrigação principal.

Por essas razões, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 10 de novembro de 2004

Marcelo Marcondes Meyer-Kozłowski
MARCELO MARCONDES MEYER-KOZŁOWSKI //