MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº. : 13805.006885/95-07
Recurso nº. : 120.394
Matéria : IRPF - EX.: 1993
Recorrente : JOSÉ PLÍNIO ROSSI
Recorrida : DRJ em SÃO PAULO - SP
Sessão de : 15 DE MARÇO DE 2000
Acórdão nº. : 102-44.158

IRPF - NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO - OPERAÇÕES FINANCEIRAS COM EXPORT NOTE E CDB - ART. 51 DA LEI Nº 7.450/85 - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO QUE SE DEIXA DE DECLARAR EM FACE DO ARTIGO 59, § 3º, DO DECRETO Nº 70.235/72 - ERRO NA INDICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO AUTUADO.

1. A simulação ou fraude em negócios jurídicos praticados pelo contribuinte deve ser comprovada pelas autoridades administrativas, nos termos do artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional.

2. Deixando de produzir qualquer elemento de prova, o auto de infração é nulo, por afronta à norma legal e por cercear o direito de defesa da parte, nulidade esta que se deixa de declarar no caso concreto dos autos em face do artigo 59, § 3º, do Decreto nº 70.235/72, pois no mérito assiste razão ao contribuinte.

3. O artigo 51 da Lei nº 7.450/85 não tem a amplitude que lhe quer emprestar a decisão recorrida. Estabelece tão somente que o imposto de renda incide sobre os rendimentos decorrentes das aplicações previstas nos arts. 39 a 50 da norma, independente da estrutura jurídica do negócio praticado pelas partes. Configurado determinado rendimento como decorrente de aplicação financeira, mesmo que o contribuinte dê ao negócio outra roupagem jurídica, o Fisco deverá aplicar ao caso concreto a regra específica sobre a tributação desses rendimentos.

4. As operações praticadas pelo contribuinte são consideradas pelo ente tributante como aplicações financeiras de renda fixa (art. 703 do RIR/94), razão pela qual o auto de infração, *ex vi* do art. 142 do CTN, deveria observar a hipótese de incidência legal pertinente à tributação dos rendimentos decorrentes deste tipo de aplicação, notadamente a que define o sujeito passivo da obrigação tributária.

5. Sendo o rendimento decorrente de aplicação financeira de renda fixa tributado exclusivamente na fonte, claudica o auto de infração que elege o beneficiário dos rendimentos para figurar no polo passivo do lançamento.

Recurso provido.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº. : 13805.006885/95-07
Acórdão nº. : 102-44.158
Recurso nº. : 120.394
Recorrente : JOSÉ PLÍNIO ROSSI

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JOSÉ PLÍNIO ROSSI.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros José Clóvis Alves (Relator) e Antonio de Freitas Dutra. Designado o Conselheiro Leonardo Mussi da Silva para redigir o voto vencedor.

ANTONIO DE FREITAS DUTRA
PRESIDENTE

LEONARDO MUSSI DA SILVA
RELATOR DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 28 MAR 2001

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros CLÁUDIO JOSÉ DE OLIVEIRA, VALMIR SANDRI, MARIA GORETTI AZEVEDO ALVES DOS SANTOS e DANIEL SAHAGOFF. Ausente, justificadamente, o Conselheiro MÁRIO RODRIGUES MORENO.

Processo nº. : 13805.006885/95-07
Acórdão nº. : 102-44.158
Recurso nº. : 120.394
Recorrente : JOSÉ PLÍNIO ROSSI

RELATÓRIO

JOSÉ PLÍNIO ROSSI, C.P.F - MF n° 030.349.928-15, residente e domiciliada à rua Carlos Petit nº 423, Vila Mariana em São Paulo - Capital, inconformado com a decisão de primeira instância apresenta recurso objetivando a reforma da mesma.

Nos termos do Auto de Infração de fls. 53, exige-se do contribuinte um crédito tributário total equivalente a 284.905,58 UFIR decorrente de tributação do ganho de capital na alienação de direitos sobre créditos existentes no Banco Pontual S/A junto importadores em operação casada através da qual através de instrumento particular o banco cede os créditos por um determinado valor a ser pago a prazo e antes do vencimento do débito da pessoa física adquirente junto à instituição financeira esta recompra os direitos e aceita como pagamento realizado pela pessoa física CDB de emitido pela própria instituição no mesmo dia da recompra.

A fiscalização exigiu o imposto de renda sobre a diferença entre o valor da emissão do CDB e o valor da liquidação por parte da pessoa física da dívida existente junto ao banco pela aquisição dos direitos. A operação foi enquadrada pela fiscalização como ganho de capital na alienação de direitos, nos termos do disposto nos artigos 1º, 2º, 3º e seus parágrafos; 4º e 8º e 16º a 21 da Lei nº 7.713/88.

Inconformado, com a exigência fiscal, apresentou a impugnação de fls. 57 a 61 onde argumenta, em epítome que houve erro na identificação do sujeito passivo pois, tratando-se de rendimentos de aplicações financeiras a tributação se

faz exclusivamente na fonte, assim a responsabilidade recai sobre o Banco Pontual S/A e não sobre a pessoa física que realiza a aplicação.

A autoridade julgadora de primeira instância manteve parcialmente o lançamento em decisão se fls. 66/71, assim ementada:

> "GANHO DE CAPITAL.
> Mantida a tributação imposta sob esse título, posto que esta independe da denominação ou da forma de percepção dos rendimentos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título, devendo o correspondente imposto ser exigido do contribuinte que tem relação pessoal e direta com a situação que constitui o respectivo fato gerador.
>
> REDUÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO.
> Exonera-se, de ofício, o valor correspondente ao percentual da multa lançada, excedente a 75%, em face do contido no item I do ADN CST nº 01/97."

Cientificado da decisão monocrática e na guarda do prazo legal apresentou o recurso de folhas 76 a 76 onde mantém a argumentação de se tratar de aplicação financeira e portanto de tributação exclusiva na fonte. O recurso será lido na íntegra em sessão.

É o Relatório.

Processo nº. : 13805.006885/95-07
Acórdão nº. : 102-44.158

VOTO VENCIDO

Conselheiro JOSÉ CLÓVIS ALVES, Relator

O recurso é tempestivo dele conheço, não há preliminar a ser analisada.

A decisão da presente lide passa necessariamente pela correta definição da operação objeto da exigência, se o rendimento adveio de aplicação financeira de renda fixa cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é da fonte pagadora nos termos do artigo 54 da Lei nº 7.799/89 ou ganho de capital na alienação de bens e direitos previsto no § 3º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88, cuja responsabilidade pela apuração mensal e recolhimento é da pessoa física beneficiária do ganho.

Examinando as operações verifico que inicialmente houve a cessão de direitos de créditos que o Banco Pontual S/A possuía junto a importadores ao recursante. Tal operação se deu a prazo. Antes do vencimento da obrigação do cidadão junto a instituição financeira no mesmo dia ocorreram os seguintes eventos:

O banco emitiu um CDB e o alienou ao recursante.

O banco atendendo a proposta recomprou os direitos de créditos outrora alienados ao cidadão.

O recursante liquidou a dívida referente à aquisição dos direitos de créditos com o CDB emitido pelo próprio banco.

Analisando o processo verifica-se que na realidade trataram-se de operações casadas, nas quais houve na realidade lançamentos financeiros apenas no dia de ocorrência dos eventos de emissão do CDB, recompra dos direitos de crédito e a cessão dos direitos sobre o CDB do recorrente ao banco.

Não se pode tratar a operação como uma aplicação financeira junto ao banco visto que se houve desembolso por parte do contribuinte houve o reembolso no mesmo dia. Na realidade o diferencial existente entre o valor de compra do CDB e a liquidação da dívida junto ao banco é ganho de capital pela cessão do direito sobre os créditos recomprados pela instituição financeira, já que até essa data havia apenas direitos envolvidos.

Para ser tratada como operação financeira sujeita a tributação exclusiva haveria necessidade da ocorrência do pagamento dos direitos de crédito por parte do contribuinte antes de sua revenda.

Não houve lapso temporal entre a emissão dos CDBs, a compra por parte da pessoa física e a dação em pagamento pela sua dívida junto à pessoa jurídica, fato esse que descaracteriza quaisquer tentativas de enquadramento do ganho como rendimento da referida aplicação financeira.

Concluindo a operação realizada foi corretamente enquadrada pela fiscalização como ganho de capital na alienação de bens ou direitos nos termos do § 3º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88, verbis:

Lei n° 7.713, de 22 de dezembro de 1988

> "Art. 3° - O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9° a 14 desta Lei.

§ 1° - Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

§ 2° - Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

§ 3° - Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, **cessão de direitos** ou promessa de cessão de direitos e contratos afins." (Grifamos).

Considerando que a defesa se baseou, desde o início, no pressuposto de que a operação se tratou de aplicação financeira em rede bancária, e sendo de tributação exclusiva na fonte e portanto teria ocorrido erro na identificação do sujeito passivo.

Considerando que, pelas provas dos autos, ficou demonstrado tratar-se na realidade de cessão de direitos cuja tributação se dá na pessoa física de forma definitiva; portanto não compensável na declaração.

Conclui-se que não assiste razão ao nobre recursante.

Processo nº. : 13805.006885/95-07
Acórdão nº. : 102-44.158

Assim conheço o recurso como tempestivo e no mérito nego-lhe provimento.

Sala das Sessões - DF, em 15 de março de 2000.

JOSÉ CLÓVIS ALVES

Processo nº. : 13805.006885/95-07
Acórdão nº. : 102-44.158

VOTO VENCEDOR

Conselheiro LEONARDO MUSSI DA SILVA, Relator Designado

A CONTROVÉRSIA

O fiscal autuante, em conformidade com o Termo de Verificação de fls. 49, desconsiderou as operações financeiras efetivadas pelo Recorrente, asseverando:

> "No exercício das funções de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, VERIFICAMOS que o contribuinte acima identificado, não ofereceu a tributação os valores referentes ao ganho de capital obtido em razão de aquisições de créditos de exportação, através de contratos denominados de "instrumento particular de cessão de crédito" (exportes note), junto ao Banco Pontual SA.
>
> Nessas operações o contribuinte efetuou a compra para liquidação futura de créditos em moeda estrangeira e venda a vista, sendo que no ato da venda o contribuinte liquidou sua divida futura pela entrega de CDB de emissão do próprio Banco Pontual SA, para quitação do débito, liquidando a operação. Portanto, o custo de aquisição da "exportes note" é igual ao valor pago pela emissão do CDB, que serviu para pagamento da aquisição, pois a emissão do CDB se deu na mesma data.
>
> Desta forma, o diferencial apurado entre o valor recebido pela venda e o valor pago pela moeda estrangeira, que é igual ao valor de emissão do CDB, configura-se ganho de capital que será tributado de oficio observando-se o disposto nos Artigos 1º, 2º, 3º e seus parágrafos; 4º e 8º e 16º a 21º da Lei 7.713/88, Artigo 18 da Lei 8134/90, Artigos 4º, 6º, II; 12º § 1º e 52 § 1º da Lei 8383/91."

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento entendeu que as operações praticadas pelo Recorrente eram simuladas, aplicado ao caso o Parecer Normativo CST nº 46/87, conforme decisão de fls. , verbis:

> "A autuação se fez sobre os ganhos obtidos pelo contribuinte, no ano-calendário de 1992, nas operações de cessão de créditos de exportação (export notes) realizadas através de contratos denominados de instrumento particular de cessão de crédito, junto ao Banco Pontual SA, mediante compra para liquidação futura de créditos em moeda estrangeira e venda à vista, sendo que no ato da venda o contribuinte procedeu à liquidação da sua dívida futura pela entrega de CDB de emissão do próprio Banco Pontual SA, para quitação do débito, liquidando a operação."
>
> Observe-se que os juros para liquidação futura das export notes foram contratados a taxas de 15,70 % (fls. 02/06 e 07/11), 13,88 % (15/19 e 20/24) e 18,66 % (fls.27/31 e 32/36), enquanto no mesmo período, as aplicações em títulos da renda fixa (CDB) foram remuneradas, respectivamente, às taxas de 30,15 % (fls. 12/14 e 40), 31,05 % (fls. 25/26 e 43) e 37,17% (fls. 37/38), em taxas inferiores, no entanto, à variação da UFIR; em condições, portanto, bastante atípicas àquelas regularmente praticadas no mercado.
>
> Assim, os ganhos de capital apurados pelo Fisco, conforme Termo de Verificação Fiscal de fls. 49/50, não traduzem nada mais senão que os ganhos financeiros obtidos pelo contribuinte, em decorrência da prática de taxas de juros muito inferiores no financiamento das export notes comparativamente aos juros pagos nas aplicações em títulos da renda fixa (CDB), na chamada operação casada engendrada com o evidente intuito de escapar à tributação.
>
> Prevenindo práticas de subterfúgio à tributação, como a descrita acima, o art. 51 da Lei nº 7.450, de 23/12/85 (a mesma citada pelo impugnante), prescreve que:

"Art. 51. Ficam compreendidos na incidência do Imposto de Renda todos os ganhos e rendimentos de capital, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio, que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do imposto de renda."

Por seu turno, a Lei nº 7.713/88, em seu art. 3º, § 4º, assim dispôs:

"Art. 3º. O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

...

§ 4º. A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título."

Tratando de matéria semelhante, a Coordenação do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal manifestou-se nos seguintes termos, em seu Parecer Normativo CST nº 46, de 11/08/87, verbis:

"EMENTA: - A realização de operações simuladas, com o objetivo de elidir o surgimento da obrigação tributária principal ou de gerar maiores vantagens fiscais, não inibe a aplicação de preceitos específicos da legislação de regência, bastando que, pela finalidade do ato ou negócio, sejam obtidos rendimentos ou ganhos de capital submetidos à incidência do imposto de renda, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada.

6. Em face do objetivo do art. 51 da Lei nº 7.450/85 e de seus próprios termos, a realização de operações simuladas com o fito de elidir o surgimento da obrigação tributária principal ou de gerar maiores vantagens do que as proporcionadas pela lei fiscal, não deve inibir a aplicação de hipóteses de incidência do Imposto sobre a Renda sobre a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de rendimentos e ganhos de capital. Essas operações não podem ser aceitas para legitimar conseqüências tributárias, visto que são procedimentos legais apenas no seu aspecto formal, mas ilícitas na medida em que pretendem encobrir ato de natureza jurídica com efeitos tributários mais onerosos para o contribuinte; por isso mesmo, devem prevalecer os efeitos tributários do negócio dissimulado, ao revés daqueles decorrentes do ato jurídico formalizado apenas para gerar conseqüências entre as partes."

Diante do exposto, salta aos olhos que o benefício obtido pelo contribuinte nas operações de aquisição a prazo e venda à vista das export notes, realizadas simultaneamente às aplicações em títulos de renda fixa (CDB) de emissão do próprio Banco Pontual SA, para serem entregues em regime de dação em pagamento, para liquidação das dívidas contraídas, sob o aparente manto legal das operações, independentemente da denominação dos rendimentos ou títulos e da forma de percepção das rendas a teor do § 4º do art. 3º da Lei nº 7.713/88, por resultar em aquisição da disponibilidade econômica de que trata o art. 43 do CTN, é tributável

A tributação de tais ganhos, auferidos nas circunstâncias acima relatadas, deve recair sobre o contribuinte aplicador que tem relação pessoal e direta com a situação que constituiu o respectivo fato gerador.

O disposto no art. 51 da Lei nº 7.450/85 citado pelo impugnante dispõe acerca do alcance da incidência do imposto de renda relativamente aos ganhos e rendimentos de capital; contudo, o aludido dispositivo não fixa o regime de tributação que é aplicável à situação aí compreendida. Não se pode, pois, com base no art. 51 da Lei nº 7.450/85 inferir que a tributação dos ganhos obtidos nas citadas operações dar-se-á exclusivamente na fonte, hipótese na qual a exigência fiscal far-se-ia junto à fonte pagadora, substituto tributário legal do contribuinte.

O Recorrente alega em seu recurso que estas operações são efetivamente aplicações financeiras. Desta forma, se tivesse existido qualquer ganho tributável, o mesmo seria tributado na fonte, razão pela qual há erro na identificação do sujeito passivo, pois quem deveria figurar no pólo passivo da autuação fiscal deveria ser a instituição financeira.

O ilustre Relator manteve a decisão recorrida, por entender que o ganho de capital apurado na autuação existiu e seria tributado na pessoa física.

AS OPERAÇÕES

Em verdade, foram praticadas três operações entre o Recorrente e a instituição financeira, a saber: (i) cessão de crédito (export note), onde o contribuinte adquire um crédito em dólar e uma dívida em cruzeiro a prazo; (ii) cessão de crédito (export note), onde o Recorrente liquida a operação anterior cedendo o crédito adquirido e recebendo um valor a vista; e (iii) CDB pré-fixado, dando-se este título em pagamento da dívida adquirida na primeira transação, todas instrumentalizadas por documentos.

Tais operações financeiras (CDB e export note), segundo o artigo 703 e 718 do RIR/94, classificam-se nas de renda fixa, cujos rendimentos ficam sujeitos exclusivamente ao imposto de renda na fonte, à alíquota de 30%. O aspecto temporal da incidência, o momento em que ela efetivamente incide, é o da alienação da operação, sendo que, nos termos do artigo 20, parágrafo 5°, da Lei no. 8.383/91, "para fins de incidência do imposto na fonte, a alienação compreende qualquer forma de transmissão da propriedade, bem como a liquidação, resgate ou repactuação do título ou aplicação".

A base de cálculo desta tributação na fonte sobre estas operações está delineada no art. 20, parágrafo 3º da Lei no. 8.383/91, que preceitua:

> "ART.20 - O rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa iniciada a partir de 1º de janeiro de 1992, auferido por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeita-se à incidência do Imposto sobre a Renda na fonte às alíquotas seguintes:
>
> . . . . . .
>
> II - demais operações: trinta por cento.
>
> § 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, às operações de financiamento realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, na forma da legislação em vigor.
>
> . . . . .
>
> § 3º A base de cálculo do imposto é constituída pela diferença positiva entre o valor da alienação, líquido do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e sobre Operações Relativas a Títulos e Valores Mobiliários - IOF (art. 18 da Lei nº 8.088, de 31 de outubro de 1990) e o valor da aplicação financeira de renda fixa, atualizado com base na variação acumulada da UFIR diária, desde a data inicial da operação até a da alienação.
>
> § 4º Serão adicionados ao valor de alienação, para fins de composição da base de cálculo do imposto, os rendimentos periódicos produzidos pelo título ou aplicação, bem como qualquer remuneração adicional aos rendimentos prefixados, pagos ou creditados ao alienante e não submetidos à incidência do Imposto sobre a Renda na fonte, atualizados com base na variação acumulada da UFIR diária, desde a data do crédito ou pagamento até a da alienação.
>
> § 5º Para fins da incidência do Imposto sobre a Renda na fonte, a alienação compreende qualquer forma de transmissão da propriedade, bem como a liquidação, resgate ou repactuação do título ou aplicação."

Cinge-se, portanto, a base de cálculo da incidência de fonte em tela, segundo a norma legal acima referida, à diferença positiva entre o valor da alienação, líquido do IOF, e o valor da aplicação financeira atualizada com base na variação acumulada da UFIR diária, desde a data inicial da operação até a da alienação.

A autoridade autuante e a decisão recorrida desconsideraram tais operações como aplicações financeiras, por considerarem as mesmas viciadas por simulação tributando um suposto ganho de capital do Recorrente. A base de cálculo deste suposto ganho de capital foi fixada pelo fiscal autuante, sem qualquer respaldo legal, na medida em que considera como rendimento tributável a diferença positiva entre o valor recebido pela Recorrente na liquidação da operação com export note e o valor aplicado pelo Recorrente na operação com o CDB.

DA NULIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO

De plano, cabe ressaltar que a validade do lançamento de ofício está adstrita aos ditames do artigo 149 do CTN, que delimita a atuação das autoridades administrativas. Em suma, o lançamento de ofício deve ter supedâneo nas hipóteses tipificadas naquele dispositivo da norma de natureza complementar, sob pena de restar inquinado de nulidade.

Com respeito ao caso em concreto, a despeito da omissão do auto de infração e da decisão recorrida, em virtude dos fatos e enquadramento legal expendidos nestes, como demonstrado acima, o lançamento tem como supedâneo a regra do inciso VII, do art. 149 do CTN, que preceitua:

> "ART.149 - O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
>
> . . . . .
>
> VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;"

O dispositivo legal em questão, traz uma limitação expressa às autoridades administrativas, qual seja, a que fique devidamente comprovado que a ação do sujeito passivo, ou de terceiro em benefício daquele, tenha sido praticada com fraude ou simulação, tendo em vista que o dolo não se aplica ao caso dos autos. Em outras palavras, as autoridades administrativas devem tipificar a ação do sujeito passivo numa daquelas figuras (fraude ou simulação), como decorrência do princípio da legalidade e do contraditório, e embasar esta tipificação com elementos de prova.

No caso dos autos, verifica-se que não houve nem a tipificação nem foi carreado aos autos qualquer elemento comprobatório de que o contribuinte agiu com fraude ou simulação. O que há, em verdade, é uma mera desconfiança, de que o contribuinte promoveu uma "operação casada engendrada com o evidente intuito de escapar à tributação" (sic fls. - grifamos).

Ocorre que a mera desconfiança não se confunde com a necessária prova de que o sujeito passivo agiu com fraude ou simulação, o que torna o auto de infração nulo, por violar a regra do o art. 149, VII, do CTN e por cercear o direito de defesa do Recorrente.

Entretanto, deixo de declarar a nulidade do auto de infração, ex vi do parágrafo 3° do art. 59 do Decreto no. 70.235/72, pois entendo que no mérito assiste razão ao contribuinte.

A IMPROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO E DA DECISÃO RECORRIDA

Não há como simplesmente desconsiderar, como fez o auto de infração, julgado procedente pela decisão recorrida, os negócios jurídicos praticados pelo Recorrente, para afastar as regras de tributação inerentes a estas operações.

É que, segundo a abalizada lição do mestre André Martins de Andrade e do professor Roberto Mangabeira Unger, em parecer inédito sobre o tema:

> "..., no direito pátrio a descaracterização das situações juridicamente constituídas não pode se dar com fulcro numa pretensa interpretação econômica dos atos praticados, visto que o nosso sistema, além de afastar a interpretação analógica, só admite a obrigação tributária ex lege.
>
> Somente nas hipóteses de simulação e fraude à lei cabe a desconsideração da forma jurídica adotada em relação ao negócio praticado. As hipóteses de simulação são aquelas definidas no Código Civil, e a prática da fraude pressupõe ato doloso por parte do agente."

Clóvis Bevilaqua, ensina que "há simulação quando o acto existe apenas apparentemente, sob a forma em que o agente o faz entrar nas relações da vida. É um acto fictício que encobre e disfarça uma declaração real da vontade, ou que simula a existência de uma declaração que se não fez. É uma declaração enganosa da vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado." E conclui o preclaro civilista:

"Ha simulação:

1º Quando o acto é realizado para não ter eficcia ou para ser annullado em seguida. É a simulação absoluta, porque o agente não tenciona realizar acto algum, nem o apparente, nem qualquer outro.

2º Quando o acto apparente encobrir outro de natureza diversa.

3º Quando não fôr verdadeira a data do instrumento comprobatorio do acto.

4º Quando pelo acto se constituirem ou transmittirem direitos a pessôas diversas daquellas a quem realmente se constituem ou transmittem."

Não confundir simulação com dissimulação, como lembra Maria Helena Diniz, para quem: "A simulação provoca falsa crença num estado não real, quer enganar sobre a existência de uma situação não verdadeira. A dissimulação oculta ao conhecimento de outrem uma situação existente, pretendendo, portanto, incutir no espírito de alguém a inexistência de uma situação real." (in Curso de Direito Civil, 1º Vol., p. 304). "Simular é fingir o que não é, dissimular é encobrir o que é." (Pe. Manuel Bernardes, Nova Floresta, apud Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa, grifo no original)

A simulação pode ser absoluta ou relativa. Leciona Pontes de Miranda que: "A simulação é absoluta quando não se quis outro ato jurídico nem aquele que se simula. Relativa, quando se simula ato jurídico para se dissimular, ou simplesmente dissimulando-se outro ato jurídico. (Tratado de Direito Privado, T. IV, 3ª ed., p. 375).

Somente é considerada anulável a simulação maliciosa ou nocente, praticada com o propósito de prejudicar terceiros ou infringir preceito legal (art. 104 do C.Cv.), sendo tolerada a simulação inocente.

A fraude à lei no âmbito do direito tributário, que permite o lançamento de ofício com a desconsideração do negócio jurídico viciado foi conceituado pelo artigo 72 da Lei n. 4.502/64, verbis:

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

Desta forma, a fraude que possibilita a desconsideração do negócio jurídico praticado pelas partes e o lançamento de ofício, pressupõe uma ação ou omissão contra legem. As partes atuam de forma dolosa, ilícita, com o intuito de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador. Na fraude os meios são sempre ilícitos, conforme lição de Nilton Latorraca (in Imposto de Renda da Empresas, Atlas, p. 64).

No caso dos autos, as autoridades administrativas não colacionaram qualquer elemento de prova, ao menos indiciária, de que os contratos pactuados entre a instituição financeira e o Recorrente estivessem inquinados de vício de simulação ou fraude.

Em verdade, no caso dos autos, o que há é uma interpretação equivocada das autoridades administrativas quanto ao alcance da regra insculpida

no artigo 51 da Lei n. 7.450/85, citado pela decisão recorrida como fundamento da autuação fiscal, cujo teor é o seguinte:

> "ART.51 - Ficam compreendidos na incidência do Imposto sobre a Renda todos os ganhos e rendimentos de capital, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada, independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio, que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do Imposto sobre a Renda."

A decisão recorrida sobre o alcance desta regra, de forma equivocada, assevera:

> "O disposto no art. 51 da Lei nº 7.450/85 citado pelo impugnante dispõe acerca do alcance da incidência do imposto de renda relativamente aos ganhos e rendimentos de capital; contudo, o aludido dispositivo não fixa o regime de tributação que é aplicável à situação aí compreendida." (fls. grifo nosso).

Alberto Xavier, sempre pioneiro nas questões de grande relevo para o direito tributário, em palestra na ABDF, acerca do artigo 51 da Lei n. 7.450/85, nos ensina, verbis:

> "Vejamos agora o caso do art. 51 da Lei nº 7.450. É importante lembrar que no contexto sistemático em que se encontra o artigo 51, trata-se de rendimentos e ganhos de capital que passaram a ser tributados por uma mecânica diversa da anterior. Estes rendimentos e ganhos de capital de títulos de renda fixa passaram com a Lei 7.450 a serem tributados exclusivamente na fonte, não entrando para o cômputo dos resultados da pessoa jurídica beneficiária. Esta sistemática é aliás de constitucionalidade duvidosa, visto que tributa exclusivamente na fonte situações que podem não conduzir a um acréscimo patrimonial, por exemplo,

empresas com prejuízos correntes que tenham recebido receitas financeiras, deixam de poder compensar essas receitas, sendo assim tributadas definitivamente e não obstante a existência de um decréscimo patrimonial. Ora, o artigo 43, do Código Tributário é bem claro em dizer que só há imposto de renda quando há variação patrimonial positiva.

Notem que a preocupação maior do legislador de considerar irrelevante a denominação formal dos rendimentos ou ganhos de capital, já vinha expressa no próprio art. 39, que se reporta a rendimentos e no art. 40, que se refere a ganhos de capital. O artigo 39 diz o seguinte: fica sujeito à incidência do imposto de renda na fonte, o rendimento produzido por ORTN e por títulos, obrigações, e quaisquer aplicações com correção monetária, segundo a variação da ORTN. E o parágrafo 2º acrescenta que considera-se rendimento, quaisquer valores que constituam remuneração do capital aplicado, independentemente da denominação que lhe seja dada, tais como juros, ágios, prêmios, comissões. Até aqui nenhuma novidade nos surpreende. É princípio pacífico que a denominação, que o "nomen juris" que as partes imprimem ao negócio é completamente irrelevante para a sua interpretação. Até o Código Tributário Nacional vai mais longe pois se "nomen juris" que o legislador imprimiu ao tributo é irrelevante, por maioria da razão o "nomen juris" que o particular imprimiu a um determinado negócio não tem o menor significado. Pode chamar taxa de permanência, bonificação, etc., mas nós sabemos o que é rendimento, porque o art. 43 do Código Tributário Nacional nos diz o que deve ser considerado rendimento. Até aqui está tudo certo, não tem problema nenhum. Nenhuma novidade.

O artigo 40 diz que fica sujeita à incidência do Imposto de Renda na Fonte à alíquota de 45 % o ganho de capital auferido na cessão ou liquidação de títulos obrigações ou aplicações de renda fixa, inclusive os previstos no artigo anterior. E o parágrafo 1º diz que a cessão ou liquidação compreende qualquer operação que implique obtenção de ganho de capital, tais como venda, resgate, amortização e conversão. Também nada de novo, na medida em que se a hipótese de incidência é o ganho de capital, qualquer ato que produza um ganho de capital está automaticamente subsumido na hipótese de incidência. Reparem que quer a hipótese de incidência do art. 39, quer a do art. 40, correspondem aquilo que eu

defini como tipos funcionais, isto é, hipóteses de incidência desenhadas tendo em vista o resultado econômico do negócio e não a forma jurídica. Pois se nem o art. 39, nem o 40 se referem a uma forma jurídica, essa forma jurídica é evidentemente irrelevante. O que é relevante é o resultado. É o rendimento ou o ganho de capital tais como os definidos na Lei e em consonância com o art. 43 do Código Tributário Nacional.

Depois desses dois artigos, o art. 51 procurando tapar qualquer brecha, estabelece que ficam compreendidos na incidência do Imposto de Renda todos os ganhos e rendimentos de capital, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada. Eu pergunto, ficam compreendidos ou já estavam compreendidos? Ficam compreendidos na incidência do imposto de renda todos os ganhos e rendimentos de capital? Bom , se o art. 39 e o art. 40 já afirmaram que estavam todos, essa primeira frase é incompreensível. Será que ele quis se referir a outros rendimentos e ganhos de capital que não apenas os do art. 39 e 40, notadamente alienações por parte de pessoas físicas, de participações societárias, de imóveis, de outros ativos? Me parece que não, porque estando o art. 51 no contexto de uma lei que se refere a rendimentos e ganhos de capital de títulos de renda fixa, é a estes que se vai aplicar. Entendo categoricamente que são aqueles rendimentos do art. 39 e 40 que se aplicam ao art. 51. É que este artigo afirma "ainda que decorram de ato o negócio que pela sua finalidade tenha os mesmos efeitos do previsto na norma específica de incidência do imposto de renda". Ora, qual é essa norma específica? É a do art. 39 e 40 pois a norma genérica do imposto de renda já está contemplada no artigo 43 do Código Tributário Nacional. Então a referência a uma norma específica de incidência só pode ser a norma que na mesma lei, no mesmo contexto está tratando de rendimentos e ganhos de capital de tipo de renda fixa.

Muito bem, mas só isso já serve para esvaziar um pouco o impacto emocional que este artigo 51 provocou. O que este art. 51 está dizendo de novo? Vamos ver, em detalhes, quais são as novidades ou as pretensas novidades do art. 51. Ficam compreendidos na incidência do imposto de renda todos os ganhos e rendimentos de capital: - Já estavam, não tem novidade. Qualquer que seja a denominação que lhe seja dada. Também é pacífico, não tem novidade a declaração de que a denominação é

irrelevante. Independentemente da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito. Também a existência ou inexistência de contrato escrito é completamente irrelevante para se apurar a existência ou não de um rendimento ou de um ganho de capital. O contrato pode ser verbal ou pode nem existir contrato: desde que exista um rendimento ou um ganho de capital a hipótese de incidência aí está aplicável na plenitude dos seus efeitos.

Qual é a novidade? Onde é que se pode descortinar aqui alguma novidade embora muito limitada ao campo restrito nos artigos 39 e 41 ? É no seguinte: é que é irrelevante a natureza ou espécie do contrato, o que é relevante é o fim. Desde que a finalidade da operação seja a de norma específica do imposto de renda, isto é, a obtenção de um rendimento ou de um ganho de capital tal norma específica se aplica. Mas isso, a meu ver, já decorria dos métodos mais conservadores e ortodoxos de interpretação. Porque eu entendo que quando uma hipótese de incidência é definida pelo resultado econômico, como é a incidência do imposto de renda, a prevenção do negócio indireto decorre da própria sistemática do conceito funcional. Só há que usar desses métodos de repressão do negócio indireto, quando o conceito é estrutural. Então no campo do imposto de renda isso é praticamente inútil, não tem eficácia inovatória, a meu ver, absolutamente nenhuma. Digamos que isto serviu apenas para reforçar o apoio jurídico, legislativo, a determinados atos do fisco que consideraram, por exemplo, certas operações referentes a compra e venda de ouro, como operação financeira e não como verdadeira compra e venda de ouro, quando, por exemplo, uma particular vende a uma instituição financeira e prometia recomprar acrescida das mesmas condições de correção e juros que seriam aplicadas se fosse um mútuo. Estou totalmente de acordo com a instrução normativa do fisco que afirmou que esse ato não é uma compra e venda de ouro, é na verdade uma operação financeira. Porque se as condições mais profundas do negócio jurídico nos revelam que na sua substância ele é uma forma de obtenção de um rendimento financeiro, e se esse rendimento financeiro é tributável, eu entendo que o método tradicional já conduzia absolutamente a submissão destes casos ao regime de tributação das operações financeiras.

Em resumo, eu vejo no art. 51 da Lei 7.450 mais uma cláusula

> de caráter explicativo, didático, clarificador no sentido de que, quando um determinado conceito fiscal é definido pelos seus resultados econômicos, a forma jurídica adotada pelos contribuintes é irrelevante. Mas eu daqui não posso partir para generalizar este princípio em sentido inverso. Quando, pelo contrário, as hipóteses de incidência sejam definidas por conceitos jurídicos estruturais, não é possível, sem mais, desclassificar ou menosprezar tais conceitos em homenagem a uma interpretação econômica.
>
> Mas no âmbito bem restrito de sua aplicação ou não teria objeções de maior ao afirmado no artigo 51 a não ser de sua relativa inutilidade". (in ABDF - Resenha nº 15)

Tal dispositivo, por conseguinte, ao contrário do que afirma a decisão recorrida, estabeleceu que o imposto de renda incidirá sobre as aplicações financeiras previstas nos artigos 39 a 50 da norma legal independente da forma jurídica adotada pelas partes no negócio. Em outras palavras, configurado determinado negócio jurídico como uma aplicação financeira de renda fixa ou de renda variável, o mesmo seria tributado segundo as regras legais destes grupos de aplicações financeiras, independente da roupagem jurídica dada ao negócio.

Se o ente tributante entende que o CDB e a export note são operações de financeiras de renda fixa (r. 703 e 718 do RIR/94), deveria o fiscal autuante proceder a apuração de eventual rendimento auferido pelo contribuinte, e portanto, passível de tributação, segundo as regras de incidência estabelecidas para este tipo de rendimento, mormente no que pertine à responsabilidade pelo pagamento do tributo.

Cabe ressaltar que não estou aqui analisando se a operação com export note é ou não efetivamente uma aplicação financeira, pois tal controvérsia desborda ao litígio posto nos autos. O fato é que as autoridades administrativas

entendem que esta operação é efetivamente de índole financeira (art. 718 do RIR/94), e que, portanto, deve sujeitar-se à tributação das operações de renda fixa, o que vincula o autuante na atividade do lançamento (art. 142 do CTN).

Destarte, a autuação fiscal está eivada de ilegitimidade, por desconsiderar as normas legais que configuram as operações em questão como aplicações financeiras de renda fixa e as normas que determinam a tributação exclusiva na fonte para este tipo de aplicações.

Em verdade, a confusão sobre o alcance da norma em comento (art. 51 da Lei nº 7.450/85), deflui da edição do Parecer Normativo CST n. 46/87, cuja ementa é a seguinte:

> "Ementa: A realização de operações simuladas, com o objetivo de elidir o surgimento da obrigação tributária principal ou de gerar maiores vantagens fiscais, não inibe a aplicação de preceitos específicos da legislação de regência, bastando que, pela finalidade do ato ou negócio, sejam obtidos rendimentos ou ganhos de capital submetidos à incidência do imposto de renda, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada."

Este atabalhoado Parecer confunde o conceito de elisão fiscal lícita com o de evasão ilícita, bem como o de negócio jurídico simulado com o de negócio jurídico indireto lícito. Segundo Nilton Latorraca: "Há negócio indireto, portanto, quando as partes recorrem a negócio jurídico, a cuja forma e disciplina se sujeitam, com o objetivo de alcançar, consciente e consensualmente, finalidades diversas das que lhe são típicas."

Promovendo o contribuinte negócio jurídico indireto lícito, o Fisco

não pode insurgir-se contra este e aplicar a analogia para tributar os efeitos sobre o suposto negócio "direto" indicado pelas autoridades administrativas, por expressa vedação do artigo 108, I, do Código Tributário Nacional. Neste sentido, aliás, já decidiu a Câmara Superior de Recursos Fiscais, verbis:

> "I.R.P.J. - SIMULAÇÃO NA INCORPORAÇÃO - Para que se possa materializar é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquele que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não ocorreu ato diverso da incorporação: não há como qualificar-se a operação de simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado, portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita.
>
> (Acórdão nº CSRF/01-01.857, Rel. Mariam Seif) "

Claudica, destarte, a r. decisão recorrida ao dizer que, no caso concreto dos autos:

> "Não se pode, pois, com base no art. 51 da Lei nº 7.450/85 inferir que a tributação dos ganhos obtidos nas citadas operações dar-se-á exclusivamente na fonte, hipótese na qual a exigência fiscal far-se-ia junto à fonte pagadora, substituto tributário legal do contribuinte."

O fato é que tais operações são classificadas pela legislação do imposto de renda (art. 703 e 718 do RIR/94) como aplicações financeiras de renda fixa, cujos rendimentos devem ser tributados exclusivamente na fonte, pelo que o auto de infração deve ser rechaçado por erro na identificação do sujeito passivo.

Processo nº. : 13805.006885/95-07
Acórdão nº. : 102-44.158

Voto, por conseguinte, em dar provimento ao recurso do contribuinte, declarando insubsistente o auto de infração, face ao erro na identificação do sujeito passivo.

Sala das Sessões - DF, em 15 de março de 2000.

LEONARDO MUSSI DA SILVA