



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**Processo** : 13805.012122/95-41  
**Acórdão** : 203-07.184

**Sessão** : 21 de março de 2001

**Recurso** : 106.222

**Recorrente** : SANKT GALLEN DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA. (SUCESSORA DE SEGMENTO CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.)

**Recorrida** : DRJ em São Paulo - SP

**NORMAS PROCESSUAIS - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA** - Não há que se falar em desrespeito aos princípios da legalidade e da tipicidade, porque o lançamento limitou-se a aplicar a lei aos fatos apurados. Os fundamentos legais para a responsabilização da autuada constam do lançamento. **Preliminar rejeitada. IOF – OPERAÇÕES DE RENDA FIXA DISSIMULADAS EM COMPRA E VENDA DE OURO** – Comprovado, de forma inequívoca, que as operações, embora realizadas com a denominação de compra e venda de ouro, caracterizam-se como de renda fixa, correta a exigência do Imposto sobre Operações Financeiras – IOF correspondente. **Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: SANKT GALLEN DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA. (SUCESSORA DE SEGMENTO CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.).

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes:

I) por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de cerceamento do direito de defesa; e II) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martinez López e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Sala das Sessões, em 21 de março de 2001

Otacilio Dantas Cartaxo  
Presidente

Renato Scalco Isquierdo  
Relator

Participaram, ainda, da presente resolução os Conselheiros Mauro Wasilewski, Antonio Augusto Borges Torres, Henrique Pinheiro Torres (Suplente) e Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Suplente).

Eaal/cf



**Processo** : 13805.012122/95-41

**Acórdão** : 203-07.184

**Recurso** : 106.222

**Recorrente** : SANKT GALLEN DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA. (SUCESSORA DE SEGMENTO CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.)

### RELATÓRIO

Trata o presente processo do Auto de Infração de fls. 156 a 258, lavrado para exigir o Imposto sobre Operações Financeiras – IOF da empresa acima identificada, tendo em vista a realização de operações que guardam natureza de operações financeiras de renda fixa a curto prazo, malgrado ter a atuada as denominado de operações de compra e venda de ouro ativo financeiro.

Para concluir que as operações, muito embora praticadas sob a denominação de compra e venda de ouro, eram efetivamente operações de renda fixa de curto prazo, a fiscalização arrola uma série de indícios, a saber:

1. um mesmo cliente, pessoa física ou pessoa jurídica, figura ora como comprador, ora como vendedor, nas “notas de negociação com ouro”. Os clientes nunca apõem suas assinaturas nos respectivos documentos;
2. são freqüentes os casos em que um mesmo cliente, num mesmo dia, aparece como vendedor e como comprador do metal;
3. vendas a determinados clientes foram objetos de recompra, normalmente no primeiro dia útil subsequente ou nos dias seguintes próximos, tendo sempre proporcionado um ganho ao investidor. Equivale dizer que os preços das recompras foram sempre maiores do que os preços praticados nas venda que os antecederam;
4. em alguns casos, as vendas foram efetuadas por preços inferiores à cotação mínima do metal na BM&F. As operações desprezaram as cotações de mercado para estabelecer uma fórmula bem particular de remunerar os investidores;
5. todas as operações foram realizadas no mercado de balcão. Principalmente nas recompras, em grande parte das operações, foram adotados preços inferiores aos mínimos praticados na BM&F, embora próximo deles;



Processo : 13805.012122/95-41  
Acórdão : 203-07.184

6. a instituição custodiante, informada nas notas de negociação com ouro, foi sempre o Citibank N.A., porém, não há movimentação da custódia, ou seja, a custódia permaneceu em nome do Banco Segmento S.A;
7. todo o ouro vendido aos clientes foi comprado do Banco Segmento S.A. (empresa do mesmo grupo econômico) pelo PU (preço unitário) obtido com a divisão do valor total da transação pela quantidade de metal. Por outro lado, todo o ouro recomprado dos clientes foi vendido ao Banco Segmento S.A. pelo PU apurado da mesma forma. Assim, na atuada o estoque de ouro e o resultado financeiro dessa carteira foram sempre “zerados”;
8. em um dos dias examinados, constatou-se que a atuada comprou ouro de duas outras instituições financeiras. No primeiro dia útil seguinte, as mesmas quantidades foram a eles revendidas. Excepcionalmente, a compra de uma destas instituições financeiras foi efetuada pelo PU aplicado sobre o peso em gramagem fina (24.000 gr correspondem a 23.976 gr fina). O custo menor desta aquisição permitiu que a Segmento CCVM Ltda., dentro da política de não apurar ganho nenhum, repassasse ao Banco Segmento S.A. a equivalente importância, da ordem de Cr\$ 1.568.400,00;
9. não houve, nas operações, a entrega física de ouro, nem a transferência formal da custódia do metal junto à instituição custodiante. Não há transmissão da posse nem da propriedade do metal negociado;
10. os clientes são verdadeiramente do Banco Segmento; apenas “clientes de direito” da corretora, tendo em vista o resultado nulo gerado na corretora; e
11. as operações, em sua maioria, são de “casamento perfeito”, ou seja, a venda efetuada em um determinado dia é recomprado totalmente em outro dia posterior. Essa regra não é absoluta, havendo casos de fracionamentos.

Devidamente cientificada do lançamento (fl. 247), a interessada, tempestivamente, impugnou o feito fiscal, por meio do Arrazoadado de fls. 247, alegando, resumidamente o seguinte:

Princípio da legalidade e da tipicidade:

- a) as obrigações, limitações e restrições à conduta só podem ser estabelecidas se o forem em virtude de lei nesse sentido. No campo do direito tributário, o art. 150, I, da CF, veda a cobrança de tributos sem a existência de lei;
- b) o art. 97 do CTN arrola taxativamente os casos reservados à lei ordinária da entidade pública investida constitucionalmente da competência para decretar tributo;



Processo : 13805.012122/95-41

Acórdão : 203-07.184

- c) se existir lei prevendo todos os elementos da obrigação tributária, não pode o Fisco pretender imputar a um determinado procedimento o efeito previsto para outro tipo de fato gerador, mesmo que previsto em lei (quanto mais no caso de a norma instituidora ser de hierarquia inferior e editada por órgão incompetente), porque, então, estará tentando operar verdadeira ficção e tal pretensão não é admissível em matéria tributária pois, como decorrência dos princípios da legalidade e da tipicidade, o tributo só nasce quando ocorrerem os fatos nela expressamente previstos, cabendo ao Fisco demonstrar, provando, que o fato gerador ocorreu.

Impossibilidade de exigência de imposto com base em equiparação efetuada por circular do BACEN:

- d) prossegue argumentando que, no caso concreto, é exatamente o que ocorre, uma vez que, por inexistir a lei ordinária instituidora da incidência tributária do IOF sobre operações de compra e venda de ouro e que, inclusive, somente poderia ocorrer por meio de equiparação, pois a exigência desse imposto está adstrita aos termos tanto do artigo 153, V, da Constituição Federal, quanto do art. 63 do CTN, de modo que não pode prever a sua incidência se não houver uma operação com a emissão, transmissão, pagamento ou resgate de títulos ou valores, o Fisco elegeu a Circular do BACEN como norma instituidora da exigência tributária e aplicou a lei para fins de determinação do *quantum* devido;
- e) argumenta que os atos emanados do BACEN não podem ser considerados como norma complementares à legislação tributária, nos termos dos artigos 96 e 100 do CTN, não sendo aplicáveis para fins de determinação da matéria tributária;
- f) ressalta que o legislador, quando pretendeu equiparar, unicamente para fins de tributação pelo Imposto de Renda, as operações de compra vinculada à revenda (“reporte”) de ouro (ativo financeiro) às operações de renda fixa, editou lei específica sobre a matéria, conforme se verifica pelo artigo 23 da Lei n.º 8.383/91;
- g) o mesmo procedimento não foi adotado com relação ao IOF, não podendo ser pretendido a sua cobrança com base em Circular do BACEN, que nem mesmo equiparou, ainda que pudesse, expressamente, as operações de compra e venda de ouro às aplicações financeiras de renda fixa (fato gerador do IOF), mas tão-somente procedeu a equiparação das operações de compra e venda de ativos realizadas por instituições financeiras àquelas que pudessem ser configuradas como aplicações financeiras de renda fixa.

Presunção e ficção em matéria tributária:

- h) a doutrina coloca como base da presunção o princípio *quod plerunque fit*, ou seja, certos eventos normal e constantemente decorrem de, ou implicam em, certos fatos, sendo por isso



**Processo** : 13805.012122/95-41

**Acórdão** : 203-07.184

possível considerar que estes ocorrem quando aqueles forem demonstráveis. Dá-se uma verdadeira “extensão de uma probabilidade”;

- i) não é aceitável o lançamento com base em mero indício se não houver a efetiva comprovação dos fatos, uma vez que não é possível a utilização de presunção em relação à matéria de fato;
- j) o pagamento de valor a clientes não decorre necessariamente a realização de aplicações financeiras de renda fixa e, se inexistente prova de terem havido as efetivas aplicações, não é admissível a exigência de IOF a elas relativo;
- k) assim, prossegue, o que se fez na autuação não foi a aplicação da presunção, mas a utilização de mero indício como meio de prova da ocorrência do fato gerador, ou seja, da realização de aplicações financeiras de renda fixa.

Inconstitucionalidade e ilegalidade quanto à base de cálculo:

- l) não é apenas quanto à instituição da matéria tributável e à definição do fato gerador que, no caso concreto, há inconstitucionalidade;
- m) também quanto à base de cálculo da exigência em questão houve violação ao princípio da legalidade porque, tratando-se de matéria reservada à lei, nos termos do artigo 97, IV, do Código Tributário Nacional, mesmo se a Circular do BACEN fosse o veículo legal próprio para a criação da incidência, a base de cálculo teria sido definida pelo Decreto nº 99.374/90, art. 1º, I;
- n) o “valor do resgate” é o valor pago pela impugnante ao cliente pelo “reporte” de ouro (operações de compra vinculada à revenda), o que, como se demonstrou, não constitui “compra e venda de ativo”, evidenciando o absurdo da equiparação efetuada pelo BACEN e, por consequência, a utilização da base de cálculo prevista no referido decreto para o caso de efetivas aplicações financeiras de renda fixa, implicando verdadeira ficção veiculada por mera Circular.

Não há responsabilidade tributária da impugnante:

- o) o Código Tributário Nacional (art. 128) contém dispositivo expresso que autoriza à lei transferir a responsabilidade para um terceiro de quem será exigido o tributo por facilidade ou conveniência da arrecadação;
- p) não cabe falar em responsabilidade de impugnante pelo crédito tributário gerado pela suposta realização de operações financeiras de renda fixa e que teria originado o IOF ora impugnado



**Processo : 13805.012122/95-41**

**Acórdão : 203-07.184**

que, como dito, também não pode ser exigido por falta de previsão legal expressa que o tivesse instituído, por se tratar de novo tipo de incidência tributária.

**Motivação dos atos administrativos como condição de sua validade:**

- q) como conseqüência de inexistir lei instituindo o novo tipo de incidência tributária, e sim mera Circular editada sem base legal e por órgão incompetente, ou seja, imprestável para embasar a exigência, e como os fatos ocorridos não se subsumem nem mesmo ao tipo tributário descrito pela ilegal, inconstitucional e inadequada Circular do BACEN, pode ser concluído que é nulo o critério jurídico adotado pelo lançamento efetuado e, assim, o auto de infração lavrado padece de total falta de motivação, o que o torna nulo de pleno direito;
- r) assim, prossegue, de um lado, o ato administrativo, para ser válido, deve apoiar-se numa disposição legal que o preveja e, ao mesmo tempo, deverá ser praticado, apenas e tão-somente, se a situação de fato, concretamente verificada, for aquela que a própria lei contempla como autorizadora de sua prática;
- s) portanto, a indicação correta do motivo legal e precisa e perfeita descrição dos fatos são requisitos indispensáveis à validade do ato administrativo sempre que a aplicação da lei o exigir ou quando houver atingimento de situações jurídicas subjetivas, merecendo ser ressaltado que não é apenas em casos em que não seja pertinente ou seja inaplicável o dispositivo legal invocado. Ou, ainda, se os motivos que levaram à prática dos atos não guardam qualquer correlação entre si, dando ensejo a diversas interpretações; e
- t) em suma, conclui, a motivação legal do lançamento em questão é inexistente e, se existente fosse, não é clara nem precisa, visto que o ilustre fiscal autuante, além de lançar mão de norma editada pelo BACEN, por ficção, equiparou o tipo dela constante dos atos praticados pela impugnante, concluindo pela descaracterização das operações de compra e venda de ouro, transformando-as em compra e venda de ativos financeiros e equiparando-as, sem base legal, às aplicações financeiras de renda fixa.

A autoridade julgadora de primeira instância, pela Decisão de fls. 412 e seguintes, julgou procedente a ação fiscal, mantendo integralmente a exigência contida na peça atacada.

Inconformada com a decisão monocrática, a interessada interpôs recurso voluntário dirigido a este Colegiado, no qual reitera seu pedido de total cancelamento da exigência, evocando os mesmos fundamentos já expendidos na impugnação.



**Processo** : 13805.012122/95-41  
**Acórdão** : 203-07.184

A Procuradoria da Fazenda Nacional, em contra-razões, pede a manutenção da decisão recorrida.

Esta Câmara, na Sessão realizada em 02 de junho de 1998, decidiu converter o julgamento do recurso em Diligência (fls. 537 e seguintes) para que a autoridade lançadora:

“a) intime a interessada a apresentar os comprovantes de cobrança de comissão pela corretagem do ouro, bem como da cobrança de taxa de custódia, ou apresente a justificativa, caso não sejam cobradas essas taxas dos seus clientes;

b) junte aos autos documentos que comprovem a forma de operacionalização das aplicações em ouro feitas pelo BANCO SEGMENTO S/A, evidenciando as diferenças em relação à autuada, em especial quanto às taxas de compra e venda, comissões e taxa de custódia, devendo, se possível, ser intimada a autuada para esclarecer as diferenças de procedimento, caso existam;

c) evidenciar os títulos que serviram de lastro para as aplicações de renda fixa nos períodos da autuação, comparando os valores diários dos títulos em carteira da instituição com os valores de aplicação dos clientes, apurando eventuais saldos que dariam suporte às operações objeto do auto de infração.”

Da referida diligência, foram juntados aos autos os Documentos de fls. 552 a 803, em dois volumes. Deles destacam-se a Petição de fls. 560 e seguintes, onde a autuada apresenta suas justificativas para a não cobrança de comissão pela corretagem do ouro, bem como da taxa para custódia do metal; o Relatório de Diligência de fls. 923 e seguintes, no qual a autoridade fiscal relata a negativa do Banco Pine S/A, detentor do controle acionário da corretora, em apresentar os documentos solicitados pela fiscalização, ficando “prejudicada” a solicitação deste Conselho; e, finalmente, a manifestação da recorrente a respeito do resultado da diligência.

Nesta última, a recorrente afirma que, embora a corretora pagasse pela custódia do ouro às instituições financeiras que os guardavam (Citibank, Banco Cidade de São Paulo, Bolsa de Mercadorias e Futuros, Banco Pontual e o próprio Banco Segmento), não cobrava dos compradores, por questões de mercado, para tornar-se mais competitiva.

É o relatório.



Processo : 13805.012122/95-41

Acórdão : 203-07.184

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR RENATO SCALCO ISQUIERDO

O recurso é tempestivo e, tendo atendido aos demais pressupostos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Conforme já afirmei no voto que proferi para a realização da diligência, a questão central do presente processo é definir exatamente a natureza jurídica das operações financeiras praticadas pela atuada e seus clientes. O Termo de Verificação Fiscal, que faz parte do auto de infração, é claro quando diz que a empresa e seus clientes, efetivamente, realizaram operações financeiras de renda fixa de curto prazo, muito embora a atuada as tenha denominado de operações com ouro ativo financeiro, tendo, inclusive, utilizado documentação destinada às operações com o metal.

Para concluir que as operações, muito embora praticadas sob a denominação de compra e venda de ouro, eram efetivamente operações de renda fixa de curto prazo, a fiscalização arrola uma série de indícios, a saber:

1. um mesmo cliente, pessoa física ou pessoa jurídica, figura ora como comprador, ora como vendedor, nas "notas de negociação com ouro". Os clientes nunca apõem suas assinaturas nos respectivos documentos;
2. são freqüentes os casos em que um mesmo cliente, num mesmo dia, aparece como vendedor e como comprador do metal;
3. vendas a determinados clientes foram objetos de recompra, normalmente no primeiro dia útil subsequente ou nos dias seguintes próximos, tendo sempre proporcionado um ganho ao investidor. Equivale dizer que os preços das recompras foram sempre maiores do que os preços praticados nas venda que os antecederam;
4. em alguns casos, as vendas foram efetuadas por preços inferiores à cotação mínima do metal na BM&F. As operações desprezaram as cotações de mercado para estabelecer uma fórmula bem particular de remunerar os investidores;
5. todas as operações foram realizadas no mercado de balcão. Principalmente nas recompras, em grande parte das operações foram adotados preços inferiores aos mínimos praticados na BM&F, embora próximo deles;
6. a instituição custodiante, informada nas notas de negociação com ouro, foi sempre o Citibank N.A., porém, não há movimentação da custódia, ou seja, a custódia permaneceu em nome do Banco Segmento S.A;



Processo : 13805.012122/95-41

Acórdão : 203-07.184

7. todo o ouro vendido aos clientes foi comprado do Banco Segmento S.A. (empresa do mesmo grupo econômico) pelo PU (preço unitário) obtido com a divisão do valor total da transação pela quantidade de metal. Por outro lado, todo o ouro recomprado dos clientes foi vendido ao Banco Segmento S.A. pelo PU apurado da mesma forma. Assim, na atuada o estoque de ouro e o resultado financeiro dessa carteira foram sempre “zerados”;
8. em um dos dias examinados, constatou-se que a atuada comprou ouro de duas outras instituições financeiras. No primeiro dia útil seguinte, as mesmas quantidades foram a eles revendidas. Excepcionalmente, a compra de uma destas instituições financeiras foi efetuada pelo PU aplicado sobre o peso em gramagem fina (24.000 gr correspondem a 23.976 gr fina). O custo menor desta aquisição permitiu que a Segmento CCVM Ltda., dentro da política de não apurar ganho nenhum, repassasse ao Banco Segmento S.A. a equivalente importância, da ordem de Cr\$ 1.568.400,00;
9. não houve, nas operações, a entrega física de ouro, nem a transferência formal da custódia do metal junto à instituição custodiante. Não há transmissão da posse nem da propriedade do metal negociado;
10. os clientes são, verdadeiramente, do Banco Segmento; apenas “clientes de direito” da corretora, tendo em vista o resultado nulo gerado na corretora; e
11. as operações, em sua maioria, são de “casamento perfeito”, ou seja, a venda efetuada em um determinado dia é recomprado totalmente em outro dia posterior. Essa regra não é absoluta, havendo casos de fracionamentos.

Como se observa, não se trata de equiparação de operação de compra e venda de ouro à de renda fixa para fins de incidência tributária, como quer fazer crer a impugnante em sua defesa. **Apura-se, em realidade, no presente processo a verdadeira natureza jurídica das operações realizadas pela atuada com seus clientes: se verdadeiramente operações com ouro, não há incidência tributária; se operações de renda fixa a curto prazo, há evidente incidência do IOF.**

Para melhor investigar a real natureza jurídica das operações em comento, realizou-se a diligência mencionada no relatório. O objetivo da verificação determinada era apurar outros elementos fáticos que pudessem auxiliar na caracterização do real negócio jurídico realizado pela empresa recorrente.

Em primeiro lugar, foi solicitada à recorrente que apresentasse os comprovantes de cobrança da corretagem pela negociação do metal preciso, pois, como corretora, o seu ganho principal deveria ser exatamente as comissões pelos negócios realizados. Segundo a



**Processo** : 13805.012122/95-41

**Acórdão** : 203-07.184

correspondência apresentada pela recorrente, em atendimento à intimação fiscal, a corretora não cobrava de seus clientes comissão porque “o lucro advindo da operação de compra e venda do ouro era, por si só, representativo, e com vistas ao incremento de nossas operações nesse mercado, em momento algum foi cobrado qualquer valor a esse título dos clientes de nossa Corretora”.

Destaca corretamente a autoridade fiscal que o lucro das operações pertence aos aplicadores, não podendo servir de justificativa para a não cobrança da comissão pelo fechamento dos negócios, que é a atividade principal de uma corretora.

Por outro lado, com relação à taxa de custódia, igualmente, a empresa recorrente justifica a não cobrança “por razões meramente de mercado, pois poderamos (*sic*) ser mais competitivos e conquistar novos clientes, uma vez que o valor da taxa de custódia era irrisório perante o valor da operação e da margem de lucro decorrente da diferença entre a compra e venda do metal”. Mais uma vez, a justificativa para a dispensa de cobrança de uma taxa, normal em negócios com ouro – tanto que a própria corretora pagava aos bancos – recai sobre a prospecção de mercado, e o ganho – que deveria ser do aplicador – obtido na operação.

Esses indícios, somados àqueles apontados pela fiscalização (arrolados nos itens 1 a 11 acima), dão a convicção de tais operações, embora nominadas de compra e venda de ouro, são, em realidade, aplicações de renda fixa mascaradas. Note-se que a empresa controladora da corretora recusou-se a apresentar os documentos necessários aos esclarecimentos, com relação à movimentação de títulos, ocultando os elementos que poderiam evidenciar, de forma direta, as irregularidades praticadas pela recorrente.

Evidentemente, não há que se falar em desrespeito aos princípios da legalidade e da tipicidade, porque o lançamento limitou-se a aplicar a lei aos fatos apurados. Igualmente, não se faz exigência com fundamento em resolução do BACEN, e para tanto basta verificar os fundamentos legais contidos no lançamento atacado, que faz referência expressa às normas que justificam a exigência. A responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto consta expressamente da lei, como, aliás, é regra no IOF. Os fundamentos legais para a responsabilização da autuada, igualmente, constam do lançamento. Pelos fundamentos mencionados no auto de infração, e, também, pelo exame das diversas manifestações da recorrente no processo, em especial na impugnação e no recurso voluntário, constata-se que não houve cerceamento do direito de defesa, cuja alegação deve ser rejeitada.




MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13805.012122/95-41  
Acórdão : 203-07.184

Por todos os motivos expostos, voto no sentido de rejeitar a preliminar de cerceamento do direito de defesa, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário para manter a exigência fiscal consubstanciada no lançamento constante dos autos.

Sala das Sessões, em 21 de março de 2001

  
RENATO SCALCO ISQUIERDO