



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 16327.002089/2005-19
Recurso n° 236.401 Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9303-001.863 – 3ª Turma
Sessão de 6 de março de 2012
Matéria IOF
Recorrente BRASKEM S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF

Período de apuração: 22/12/2000 a 16/01/2001

IOF - CÂMBIO - OPERAÇÕES COM T-BILLS. INCIDÊNCIA

O tipo tributário do IOF-Câmbio não restringe a incidência do imposto à entrega física de moeda estrangeira ou nacional, tampouco exige que haja liquidação de contrato de câmbio. O campo de incidência é mais amplo e alcança as operações em que a entrega da moeda é feita por meio de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado.

Inegavelmente, T-Bills são títulos representativos de moeda estrangeira. Sua compra e venda, portanto, configura operação de câmbio, tributada por esse imposto federal.

MULTA. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO.

Responde o sucessor pela multa de natureza fiscal. O direito dos contribuintes às mudanças societárias não pode servir de instrumento à liberação de quaisquer ônus fiscais (inclusive penalidades).

Recurso Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso especial. Vencidos os Conselheiros Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva (Relator), Marcos Tranchesi Ortiz e Maria Teresa Martínez López, que davam provimento e, ainda, o Conselheiro Antônio Lisboa Cardozo, que dava provimento parcial quanto à multa. O Conselheiro Gileno Gurjão Barreto declarou-se impedido de votar. Designado para o redigir o voto vencedor o Conselheiro Henrique Pinheiro Torres. Os Conselheiros Marcos Tranchesi Ortiz e Antônio Lisboa Cardoso participaram do julgamento

em substituição aos Conselheiros Nanci Gama e Rodrigo Cardozo Miranda, que se declararam impedidos de votar.

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva - Relator

Henrique Pinheiro Torres - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Marcos Tranchesi Ortiz, Júlio César Alves Ramos, Antônio Lisboa Cardoso, Rodrigo da Costa Pôssas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Marcos Aurélio Pereira Valadão, Maria Teresa Martínez López e Otacílio Dantas Cartaxo.

Ausente, justificadamente, a Conselheira Susy Gomes Hoffmann.

Relatório

O presente Recurso Especial de Divergência (fls. 285/330) intentado pelo sujeito passivo é destinado contra o Acórdão de nº 202.18.236 de 15.08.2007, fls. 257/275, em razão de imposição tributária exarada por ausência de recolhimento do IOF face à suposta operação de câmbio representada por aquisição no Brasil e posterior cessão para subsidiária no exterior, de Bilhetes do Tesouro Norte – Americano (T Bills), tendo sido aplicada multa qualificada de 150% por entendimento da existência de simulação.

Destaca ser a ora Recorrente sucessora da empresa que realizou ditas operações e ainda que as mesmas, objeto do Auto de Infração, não podem ser consideradas fraudulentas já que todos os procedimentos foram levados a efeito de forma clara, sem intuito de dolo ou fraude e, mesmo assim, a E. Segunda Câmara, do então Segundo Conselho de Contribuintes manteve a autuação com fulcro nos seguintes fundamentos:

“IOF – CÂMBIO. As transferências financeiras compreendem os pagamentos e os recebimentos em moeda estrangeira, independentemente da forma de entrega e da natureza das operações. MULTA. RESPONSABILIDADE POR SUCESSÃO. Responde o sucessor pela multa de natureza fiscal. O direito dos contribuintes às mudanças societárias não pode servir de instrumento à liberação de quaisquer ônus fiscais (inclusive penalidades), ainda mais quando a incorporadora conhece perfeitamente o passivo da incorporada. MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA. Constatado e provado pela fiscalização que a operação realizada frustrou a caracterização do fato gerador do tributo, cabível a aplicação da multa prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Recurso negado”

Mesmo que a concessão de admissibilidade tenha se restringido a incidência do IOF e a responsabilidade tributária pela multa punitiva da empresa sucessora, não sendo admitido o Recurso quanto a imposição da multa qualificada a Recorrente, mesmo assim,

articula argumentos, também sobre esse último aspecto o que torna necessário examinar quando das razões de decidir.

Reedita os fundamentos materiais que, de forma individualizada, serviram de base para a impugnação e recurso voluntário, comparativamente ao acórdão recorrido quanto aos temas que inauguraram o lançamento.

Estabelece comparativos analíticos divergentes entre os tópicos do Acórdão recorrido e paradigmas jurisprudenciais, iniciando sobre a incidência ou não do IOF, quando argui que o entendimento adotado pela decisão ora recorrida não se coaduna com a jurisprudência da E. Segunda Turma da CSRF (fl. 292) que em recente julgado, sobre a matéria, assim se posicionou:

“IOF – CÂMBIO. AQUISIÇÃO DE TÍTULOS DE DÍVIDA PÚBLICA ESTRANGEIRA E POSTERIOR VENDA A EMPRESAS NACIONAIS COM PAGAMENTO EM REAIS. FATO GERADOR. O fato gerador do IOF- câmbio é a troca de moedas. Se os títulos custodiados no exterior foram vendidos dentro do país em moeda nacional inexistiu não só o câmbio, mas também o fato gerador do IOF – câmbio.”

Registra ainda que o Acórdão 201-77.174 (fl. 295) afasta as premissas da decisão recorrida quanto a necessidade de controle do Banco Central do Brasil e a existência de operação de câmbio concluindo que as operações realizadas são válidas e eficazes do ponto de vista do direito civil.

Quanto a multa de 150% (fl. 297) alega que tendo a decisão recorrida admitido a existência de frustração da caracterização do fato gerador do IOF tornando cabível a multa prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96, agiu em dissonância com a posição prevalecente desta CSRF e do CARF que considera a multa qualificada como sendo medida excepcional e somente podendo ser aplicada em situações extremas e quando ficar inequivocamente comprovada a existência de dolo na conformidade do V. Acórdão paradigma RP 137285 (fl. 297).

Relativamente à extensão da multa à sucessora, transcreve duas decisões que oferecem divergência sob o fundamento de que a multa punitiva não deve ser incluída na responsabilidade tributária do sucessor porque somente responsável pelo tributo.

Quanto ao mérito inicia por defender a não incidência do IOF, a partir do argumento de promover importação diversas matérias primas para o desempenho da atividade petroquímica à qual se une a diversas empresas entre as quais as incorporadas OPP Petroquímica S. A e a OPP Polietilenos S.A e que para desonerar-se de preços e celebrar acordos de fornecimento de insumos no mercado internacional, mantém subsidiárias no exterior denominadas Lantana Trading Company e PSA Trading AVV.

Em razão desse perfil operacional alega a necessidade de recursos através do tempo e, dentre as captações, foi levado a efeito pelas incorporadas aquisição e pagamento no Brasil em moeda brasileira de títulos do tesouro Americano denominados T – Bills.

O fruto dessas aquisições foi transferido pelas incorporadas para a Lantana e PSA objetivando a venda dos mesmos no mercado externo recebendo em dólares o resultado da comercialização, o que foi efetivado pelo banco responsável pela custódia dos títulos, Crédit

Lyonnais Uruguay S.A. , sendo assim, atingido o objetivo da necessária capitalização das empresas para a concretização de seus objetivos.

Destaca não existir nenhuma etapa da operação de compra, cessão e venda desses títulos que não esteja regularmente documentada e contabilizada.

Rebate veementemente o entendimento do Acórdão recorrido quanto a artifício para mascarar uma suposta operação de câmbio isto caracterizado pela ausência de registro da operação no Banco Central do Brasil, configurando a materialização do câmbio ilegítimo, suscetível a tributação do IOF mesmo não ocorrendo troca de moedas, em face da transferência financeira.

Transcreve o art. 63, II, do CTN e oferece lição do Prof. Carvalho de Mendonça para definir câmbio como sendo o poder que tem a moeda de um país para adquirir moeda de outro, *in verbis*:

“O dinheiro como mercadoria tem o seu valor, o seu custo e o seu preço; é suscetível de propriedade e posse e constitui um ramo especial de comércio denominado câmbio, onde figura como objeto de especulação”.

Com base nesse entendimentos afirma que *in casu* não ocorreu operação de câmbio por inexistir compra de moeda estrangeira ou oferta de moeda nacional, ao contrário, a Recorrente adquiriu no Brasil, títulos da dívida pública norte – americana efetuando pagamento em reais com depósito numa conta corrente brasileira da empresa detentora dos títulos, tudo caracterizando aquisição de títulos de crédito.

Em seguida, continua, a propriedade dos títulos foi transferida para subsidiárias da Recorrente no exterior, que por sua vez, venderam os títulos em dólares a própria instituição financeira que mantinha a custódia dos títulos desde o início da operação, com isto, não ficando caracterizada a entrega de moeda (fl. 305) para receber em troca valores equivalentes e também não efetivou a entrega de documento que represente moeda nacional ou estrangeira, haja vista que T – Bills são títulos representativos da dívida pública norte – americana, com natureza jurídica de títulos de crédito e não títulos que representem moeda nacional ou estrangeira.

Oferece lições de Waldirio Bulgarelle, Tulio Ascarelli e Cesare Vivante, *in verbis*:

“A criação ou emissão de um título de crédito – direito corporificado em um documento – gera obrigação a bem dizer objetiva, desde que circule, isto é, seja transferido pelo beneficiário original. É como se o devedor, ao emitir o título, tivesse assumido uma dívida pessoal, obrigado a pagar a quem lhe apresentar o título, portanto, sem titular determinado.”

O trabalho sobre título de crédito se elastece abrangendo definições de cartularidade, autonomia e literalidade para concluir que os T- Bills pertencem a categoria de títulos de crédito por preencherem as características contidas nessas definições.

Exercita pontos de vista de professores de Economia para sustentar que os T-Bills e os títulos de crédito em geral correspondem a uma quase – moeda e não uma moeda (fls. 308/309), contrapondo-se ao Acórdão recorrido ao pontificar que poderiam ser documento que represente moeda nacional ou estrangeira.

Lança mão do Acórdão nº 202-15948 da relatoria do Consl Marcelo Meyer – Kozlowski para sustentar o afastamento da incidência do IOF *in casu* que decidiu restar caracterizada a hipótese de incidência desse tributo quando do ingresso no País de moeda estrangeira ou a remessa de divisas para o exterior restando assim inalcançados os títulos ora em discussão posto que foram adquiridos com pagamento em reais via cheque do Banco Bradesco S. A. e vendidos por empresas controladas em dólar no exterior, inexistindo troca de moedas.

Diz que, indiscutivelmente, no presente caso não houve ingresso ou saída de divisas do Brasil, o que seria necessário para a existência da obrigação tributária.

Enfrenta as alegações quanto ao controle do Banco Central e conseqüente ilegitimidade de operação de câmbio afirmando que essa ocorrência é de alçada exclusiva do órgão monetário não podendo a Receita Federal se envolver com esse mister isto reconhecido no auto de infração que determinou a expedição de ofício para constatação ou não de eventual averiguação de anormalidade cambial, o que não foi feito.

Continua dizendo inadmissível que uma imposição tributária esteja lastreada em suposto ilícito cambial não examinado pelo órgão e autoridades competentes como reverbera o Acórdão nº RP 201-121.510, indicado como paradigma, que afasta a tributação de IOF em caso semelhante ao destes autos, *in verbis*(Fl. 312)

“IOF. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE TÍTULOS DE DÍVIDA PÚBLICA ESTRANGEIRA E POSTERIOR VENDA DELES A EMPRESAS BRASILEIRAS, COM PAGAMENTO EM REAIS, SEM REGISTRO NO BANCO CENTRAL DO BRASIL. ALEGAÇÃO DE ILÍCITO CAMBIAL. INCOMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.”

Conclui esse tópico dizendo-se completamente preparada para demonstrar ao BACEN a inocorrência de irregularidade e rechaça fortemente que a Fiscalização fazendária federal detenha competência para regular a atividade cambial.(Fl. 313)

Aborda a aplicação de alíquota, meramente para exercitar o debate, caso houvesse operação de câmbio, chamando a baila o Decreto 2.219/97 que aprovou o Regulamento do IOF vigente à época das operações sob comento, para comprovar que a alíquota do imposto seria zero nas transferências financeiras do exterior e para o exterior nos casos em que não houvessem, alíquotas específicas na conformidade da alínea e) do § 2º do art. 14. O Fisco, no entanto, utilizou o disposto no art. 15 do Decreto 2.219/97 para aplicar a alíquota de 25% sobre as operações em apreço entendendo ter havido descumprimento de condições para usufruimento da alíquota zero.

Rebate firmemente a ocorrência de operação cambial e, sendo assim, afirma que não haveria nenhuma condição a seguir já que a transferência de titularidade dos T-Bills deu-se mediante simples comunicação ao Credit Lyonnais Uruguay S. A., instituição financeira custodiante.

Quanto à multa qualificada levada a efeito, segundo o entendimento do Fisco, em razão de que teria sido frustrado a ocorrência do fato gerador porque à margem do controle do Banco Central, alega a Recorrente que essas constatações não passam de meros indícios que

nada comprovam e se não comprovam não podem servir de base para imposição de multa qualificada com base in inciso II, do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

Transcreve o item 11 do Relatório Fiscal, *in verbis*(item 94 fl.318)

“se fosse possível provar a inexistência dos T – Bills, como já aconteceu em outros casos semelhantes examinados pela Receita Federal, ficaria evidente que a operação como um todo é uma fraude. Nos casos aqui relatados, porém, todos os documentos expedidos pelos envolvidos fazem referência, até onde esta Auditoria pôde apurar, a títulos existentes.”

Continua afirmando que não houve dolo e nem comprovação inequívoca nesse sentido assim, fica claro que a acusação de prática de simulação funda-se apenas na presunção de que as operações teriam tido as características de câmbio atípicas e ilegítimas visando o não pagamento do IOF, o que não restou comprovado, apenas presumido.

Destaca que a Recorrente e as empresas que realização as operações, não impediram nem retardaram o fato gerador da obrigação tributária e não modificaram suas características essenciais, ao contrário, tudo se processou com transparência e idoneidade, revestido de contabilização legal.

Desenvolve argumentos sobre a desconsideração de ato jurídico, transcrevendo o art. 149 do CTN e exertos dos Acórdãos 01-01.857, de 15.05.95 e 101-94.340 de 09.09.2003, da relatoria do Cons. Walmir Sandri (fl. 321) para amparar o entendimento de que um negócio jurídico não pode ser desconsiderado como válido apenas porque haveria uma forma pela qual o Fisco entende que deveria ter sido feito.

Encerra esse tópico afirmando que o fato de adquirir T-Bills no País e cedê-los às suas subsidiárias estrangeiras, que os comercializaram no mercado externo, não representou afronta à legislação vigente o qualquer dano ao Erário, até mesmo porque se por acaso as operações fossem alcançadas pelo IOF na modalidade câmbio, deveria ser aplicada a alíquota zero com base no artigo 14, § 2º, alínea “e”, do Decreto 2.219/97, que regulava a matéria na época.

Rebate os argumentos do Fisco para a imposição da multa qualificada alegando também não configurado a existência de fraude o que acarreta a debilidade da imposição que não poderia se louvar no inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 por total ausência de intuito fraudulento.

Finalmente pleiteia o afastamento das multas em razão da sucessão, na remota hipótese de manutenção da exigência fiscal e da decisão ora recorrida com base no artigo 128 do CTN que reverbera ser somente a lei competente para responsabilizar pelo pagamento de obrigações tributárias, quer na condição de contribuinte quer na de responsável e ainda, refere-se ao artigo 132 do mesmo CTN para infirmar a imposição de multa à Recorrente como incorporadora uma vez que não responde por ela quando o ato for praticado pela incorporada cujas formalidades de incorporação se deram anteriormente a lavratura do auto de infração.

Reitera que é descabida a imposição de multa em razão de supostas infrações praticadas por antecessoras e transcreve decisões deste Conselho e do E. STF. (fls. 327/328).

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Relator

Este Recurso Especial de Divergência restringe-se a enfrentar imposições tributárias relativas a incidência de IOF em operações com Títulos do Tesouro Americano – T-Bills; responsabilidade tributária por multa punitiva à empresa sucessora. e, caso admitido por este Colegiado, a aplicação de multa qualificada na hipótese de existência de dolo ou fraude.

Nas fls. 452/456 o Despacho nº 202-538 reconhecendo a tempestividade do Recurso e a divergência quanto a materialização de operação de câmbio e quanto a responsabilidade de sucessora pela multa punitiva. Relativamente à multa qualificada, em si, entendeu o examinador da admissibilidade não existir nos Acórdãos ofertados coincidência com os fatos, impossibilitando comparação para a dedução de divergência.

Com as vênias de estilo, dessinto do Ilustre Presidente da Segunda Câmara de então quanto a não existência de divergência entre o Acórdão recorrido e os paradigmas ofertados, relativamente à multa qualificada. Afirmo isto porque ambos divergentes tratam do objeto divergencial que é a aplicação da multa qualificada, não sendo necessário que o paradigma privilegie a espécie em prejuízo do gênero quando esse mesmo gênero trata com especificidade da ocorrência em relação à matéria.

"MULTA QUALIFICADA DE 150% - LEI 9430/96, ART. 44, H – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO - A hipótese prevista no art. 44, II, da Lei 9430/96, deve ser interpretada restritivamente, e aplicada somente nos casos de evidente intuito fraude em que tenha sido tipificada a ação em um dos institutos dos artigos 71 a 73 da Lei 4502/94, e desde que tenha ficado demonstrado pela fiscalização que o contribuinte agiu dolosamente."(CSRF/01-05.481) Fl.. 454 – Despacho de Admissibilidade).

"MULTA QUALIFICADA. A aplicação de multa qualificada decorre de evidente intuito de fraude, o qual deve ser minuciosamente justificado e comprovado nos autos, bem assim a precisa capitulação da conduta. A mera presunção não autoriza a incidência de multa majorada."(201-80.316) (Fl. 454 Desp. Admissibilidade.

De outra banda, para mim, não ficou comprovado nos autos o dolo alegado pelo examinador da admissibilidade, mesmo que com fundamento na decisão recorrida que refere-se a frustração da caracterização do fato gerador do tributo.

Sr. Presidente, submeto ao Colegiado meu posicionamento no sentido de considerar divergentes os paradigmas apresentados pela Recorrente quanto à multa qualificada e, conseqüentemente, incluir o tema no presente julgamento.

Enfrento agora a materialização ou não do fato gerador do Imposto sobre Operações Financeiras em face da aquisição de Títulos da Dívida Pública Americana, conhecidos como T-Bills.

A Braskem S. A., ora Recorrente, é incorporadora de OPP PETROQUÍMICA S.A. que adquiriu títulos da Parmalat Participações do Brasil Ltda., antes de ocorrida dita incorporação.

Constato na fl. 20 o envio pela Recorrente, de cópia de cheque administrativo emitido pelo Bradesco por ordem de OPP Petroquímica S. A. em favor da Parmalat e, bem como, cópias dos registros contábeis da operação (Razão e Diário) e cópia do Contrato de Compra e Venda de Notas do Tesouro dos Estados Unidos entre OPP e Parmalat e, bem como, cópia da confirmação das operações, expedida pelo Banco Credit Lyonnais e na fl. 30 o envio de cópia da confirmação das operações expedida por esse Banco.

Na fl. 33/34 a Recorrente apresenta cópia de solicitação da OPP relativa a transferência de titularidade dos T-Bills para sua subsidiária Lantana Trading Company; cópia do contrato de compra e venda por meio do qual Lantana vende os T-Bills ao Banco Credit Lyonnais; cópia da ata de Assembleia Geral Ordinária de 30.04.99 dos acionistas da OPP bem como Ata de Reunião de Conselho de Administração da OPP que identifica a Diretoria da Sociedade à época da operação.

Assim, inicialmente, os atos envolvendo as transações dos títulos estão, de fato, com os registros legais indistintamente materializados, isto reconhecido pela própria Auditoria Fiscal, como mencionado no relatório, *in verbis*:

(item 94 fl. 318) “se fosse possível provar a inexistência dos T – Bills, como já aconteceu em outros casos semelhantes examinados pela Receita Federal, ficaria evidente que a operação como um todo é uma fraude. Nos casos aqui relatados, porém, todos os documentos expedidos pelos envolvidos fazem referência, até onde esta Auditoria pôde apurar, a títulos existentes.”

Vou agora na direção de saber se no cenário que cuidamos aqui, restou caracterizado o ingresso de moeda estrangeira no Brasil ou saída de valores do nosso País para o exterior mesmo que por via de documento que represente moeda nacional ou estrangeira, porque somente por essas vertentes, materializar-se-á o fato imponível do tributo lançado.

Sem dúvidas, para mim, que os atos praticados com a aquisição de títulos americanos no Brasil e sua transferência para subsidiária no exterior não caracterizaram, formalmente, compra e venda de moedas. Senão vejamos:

Os atos configurados pela moeda brasileira como propiciadora da aquisição dos títulos e pela moeda americana representando literalmente os valores desses mesmos títulos, não podem ser confundidos com um contrato de compra e venda de moedas, onde as transferências monetárias se caracterizariam explicitamente no conteúdo do texto contratual.

No exame dos autos não se constata o ingresso ou saída de divisas do Brasil, assim, as operações com títulos de créditos legais e suas transferências entre empresas de um mesmo grupo empresarial, como *in casu*, procedendo os titulares com todos os registros possíveis, tornando o negócio jurídico explícito e comprovável ao menor exame, não pode ter o condão de frustrar a ocorrência de fato gerador, caso existisse.

De fato, admitir-se materialização de câmbio em face da aquisição de títulos públicos e suas transferências para empresas dos mesmos acionistas é violentar os ditames contidos nas leis que regem a matéria ainda mais quando, a moeda estrangeira foi transmitida

no exterior e não para contribuinte do imposto no Brasil, restando claro a ausência de ingresso de valores decorrentes das operações sob comento no caixa da ora Recorrente.

Enfrento agora a possibilidade de responsabilização de incorporadora quando o ato de incorporação se deu após o lançamento tributário que se cuida aqui.

A decisão recorrida refere-se ao conhecimento da Recorrente (incorporadora) de todo o passivo da incorporada o que – de fato – é pertinente haja vista que os indispensáveis levantamentos de créditos e débitos para efeito de incorporação foram levados a efeito, no entanto, o lançamento pelo órgão da fiscalização ainda não havia sido realizado e, a incorporadora ora Recorrente, deve ter conhecido das operações com T- Bills entendendo-as legais e sem necessidade de provisão para efeitos futuros. Portanto o contido no Acórdão recorrido asseverando que a incorporadora “conhece perfeitamente o passivo da incorporada” não informa corretamente o comportamento gerencial no momento da incorporação porque – como já mencionado – naquele momento nenhum lançamento fiscal havia sido feito e as operações com T- Bills devem ter sido consideradas legais e normais.

E, finalmente, quanto a qualificação da multa imposta a Recorrente, verificarei primeiramente a ocorrência ou não de que a operação realizada frustrou a caracterização do fato gerador do tributo. É necessário para tanto, que fique demonstrada a ilegitimidade e ilicitude dolosa da operação, evidenciando o intuito de fraude..

Sobre esse tópico parto da premissa que, se todos os elementos caracterizadores da operação foram explicitamente formalizados pela Recorrente, isto reconhecido na ação fiscal no *item 94 fl. 318* acima transcrito, não tenho como conceber a existência de fraude embutida nos procedimentos objeto deste processo.

Com base nesses fundamentos, voto pelo provimento do Recurso por entender inexistente o fato gerador do IOF e, conseqüentemente, para afastar as multas aplicadas.

Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva

Voto Vencedor

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Redator Designado

As matérias devolvidas a este Colegiado cingem-se à incidência do IOF sobre as operações com T-Bills, e à responsabilidade da sucessora por multa punitiva referente à infração cometida antes da Sucessão.

No tocante à qualificação da multa, muito embora a matéria tenha sido objeto do recurso especial do Sujeito Passivo, esta não logrou seguimento no exame de admissibilidade realizado pelo presidente da câmara recorrida, e confirmado pelo presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais em despacho irrecorrível (fls. 589 e 590), proferido em sede de agravo de reexame interposto pelo Sujeito Passivo. Assim, não cabe a este Colegiado manifestar-se sobre essa matéria, posto não haver sido ela devolvida à exame nesta instância uniformizadora.

Diante do exposto, divirjo do nobre relator, e rejeito, liminarmente, o conhecimento do recurso no tocante à parte do recurso que não logrou seguimento no reexame de admissibilidade realizado pelo presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Em relação às matérias conhecidas, também peço licença ao Insigne Relator para dele divergir, pelas razões a seguir expostas.

No tocante à incidência do IOF nas operações com T-Bills, a matéria foi por mim examinada quando do julgamento do Recurso Especial 236.885, apresentado por Colgate – Palmolive Indústria e Comércio, na Sessão Plenária de 31 de janeiro de 2012. Devido a perfeita similitude da matéria lá examinada com a aqui sob exame, transcrevo, na íntegra, as razões do voto condutor daquele julgamento:

A teor do relatado, a matéria devolvida a este Colegiado cinge-se a da questão da incidência de IOF câmbio sobre as operações com T-Bills (compra e venda de títulos da dívida pública norte-americana – United States Treasury Bills – T-Bills) realizadas pela autuada.

Segundo a acusação fiscal, essas operações configurariam operações de câmbio atípicas, não usuais, isto é, que teriam por objetivo a troca de moedas, com o propósito, para uns, de prover uma origem para o ingresso de reais em contas bancárias no Brasil, e para outros, de servir de instrumento para mandar dólares para o Exterior.

Para melhor compreensão das operações objeto da autuação sob exame, transcreve-se excerto do Termo de Encerramento de Fiscalização onde essas operações são descritas analiticamente..

Nas operações com T-Bills, os partícipes agem articuladamente, realizando sucessivas compras e vendas, de modo a dissimular a natureza cambial dos negócios.

5) Em conseqüência, para uma melhor compreensão de tais negócios, impõe-se a análise do papel desempenhado por cada empresa interveniente num conjunto, que começa com a compra de T-Bills junto a um determinado banco no Exterior até a sua revenda a este mesmo banco.

6) Nas operações ora em comento, o banco interveniente é o Crédit Lyonnais (Uruguay)

S/A, que se proclama representante do Crédit Lyonnais New York. Este último aparece como a instituição que, na condição de custodiante, está legalmente habilitada pela legislação norte-americana a transferir a titularidade dos T-Bills a seus adquirentes, ainda que tal titularidade tenha durado, nos casos em tela, menos que um dia, na verdade uns poucos instantes para cada interessado - se é que em algum momento chegou a haver essa transferência no banco norte-americano.

7) Seja como for, o Crédit Lyonnais (Uruguay) S/A dá a entender estar em condições de encaminhar as mudanças em Nova York. Pelo menos, comunicou em cartas endereçadas a alguns dos ora autuados ter recebido instruções para transferir os T-Bills nelas identificados da empresa A para a empresa B.

8) Além do *Crédit Lyonnais*, as operações contam com pelo menos mais dois atores: o primeiro negociou os T-Bills diretamente ou através de uma vinculada sediada no Exterior; o segundo adquirente no Brasil compra os T-Bills do primeiro e os revende, em geral no mesmo dia (diríamos até que no mesmo instante) diretamente ou através de vinculadas. Nos pólos inicial e final, figura sempre o mesmíssimo *Crédit Lyonnais (Uruguay) S/A*.

18) Mais importante, porém, é perceber que os "purchase agreements", referenciados aos T-Bills, funcionam apenas como um artifício-, um instrumento, para realizar o negócio efetivamente desejado e, afinal realizado pelos contratantes: uma operação de câmbio.

19) Nos momentos em que a operação revela a sua verdadeira natureza cambial, aí sim o dinheiro aparece; os mútuos arranjados com vinculada, como forma de esconder a origem do primeiro "purchase agreement" cedem espaço a depósitos bancários, de reais no Brasil, e de dólares, em uma conta no Exterior.

20) O crédito em dólares no Exterior pode ter sido efetuado não diretamente na conta de quem pagou os reais ao primeiro comprador, mas de uma empresa Vinculada que acaba produzindo efeito oposto ao desejado, na medida em que reforça o caráter de conluio para impedir que toda a operação pareça ser o que verdadeiramente é.

21) A aparente perda em dólares observada entre o primeiro e o segundo "purchase agreements" torna-se então explicável, como sendo a comissão paga ao banco, por ter efetuado o câmbio.

27) Nos negócios objeto do presente auto de infração, as sucessivas compras de T-Bills produzem os mesmíssimos efeitos de operações de câmbio, realizadas fora de instituição legalmente habilitada: o primeiro comprador dos T-Bills formalizava o ingresso no País de contrato representativo de certa quantidade de moeda estrangeira que já estava no *Crédit Lyonnais (Uruguay) S/A*. O valor correspondente em reais, base cálculo do imposto do IOF, é depositado na conta bancária da empresa no Brasil pelo adquirente seguinte das T-Bills. Simultaneamente, a quantia correspondente em dólares torna-se disponível para quem efetua a venda ao *Crédit Lyonnais*.

28) Trata-se de operação de câmbio atípica, que envolve a um só tempo dois bancos: um, dentro do país, que não precisa estar informado sobre estar sendo utilizado como um instrumento para a transformação da moeda estrangeira em reais; o segundo, situado fora do Brasil, está evidentemente fora do sistema financeiro nacional, e assim qualquer contribuinte sujeito à lei

brasileira está impedido de utilizar os seus serviços para promover a entrada e/ou a saída de moeda no ou do País.

Resumindo as operações objeto da autuação, tem-se que:

I- Sociedade empresária, sediada no exterior - Colgate Palmolive Company - é detentora de direito ao recebimento de mútuo antes realizado com sociedade empresária estabelecida no Brasil, que tem o dever de pagar a obrigação objeto desse contrato, o qual foi estabelecido em moeda estrangeira: dólar norte-americano.

II- A Sociedade empresária brasileira tem disponibilidade em Reais e precisa quitar a dívida em dólares.

O procedimento normal seria o de a sociedade empresária brasileira realizar contrato de câmbio com instituição financeira brasileira, entregar-lhe reais, e essa instituição financeira, então, se encarregaria de entregar dólares à sociedade empresária no exterior, para com isso quitar a dívida. Todavia, não foi isso o que aconteceu, no caso sob exame. Engendrou-se operações casadas de compra e venda (tanto em reais, quanto em dólares) de T-Bills e de transferência de titularidade de T-Bills, com a intervenção de instituição financeira sediada no Uruguai.

O procedimento básico consistiu no seguinte:

Inicialmente, o banco Crédit Lyonnais (Uruguay) S/A diz-se titular e custodiante de T-Bills e se uniu a Sociedades empresárias: uma no exterior (Colgate Palmolive Corporation) e duas no Brasil (Parmalat Participações do Brasil Ltda e Colgate Palmolive Indústria e Comércio Ltda.), sendo que:

I. O banco uruguaio vende T- BILLS (no valor de face de US\$ 5.466.180,00, por US\$ 5.400.000,00) à Parmalat Participações do Brasil Ltda (em 8 de janeiro de 2001). Vide documento de fls.264 a 266. Nesse mesmo dia, a Parmalat Participações do Brasil Ltda. vende os T-BILLS à sociedade empresária Kolynos do Brasil Ltda. antiga denominação de Colgate Palmolive Indústria e Comércio Ltda., pelo preço de compra em dólares norte-americanos convertidos em moeda nacional, pelas taxas praticadas no mercado de taxas flutuantes. Nessa data, a Kolynos pagou à Parmalat R\$ 11.186.487,09 referente à conversão dos US\$ 5.400.000,00 pertinente aos T-BILLS por ela adquiridos.

II. Uma vez detentora da titularidade desses T-BILLS, a Kolynos do Brasil Ltda. No mesmo dia em que adquiriu a disponibilidade da moeda estrangeira representada pelos Títulos do Tesouro Americano (T-BILLS), a transfere para sua matriz americana, a Colgate Palmolive Company, para quitação de contrato de mútuo. Esta companhia americana, nessa mesma data, 8/01/2001, após lhe ser transferida a titularidade dos T-BILLS pela Kolynos brasileira, os revende ao Banco uruguaio.

Repare que, nesse caso, haveria tributação de operação de câmbio, mas para evitar a formalização do contrato de câmbio é

realizado o seguinte procedimento, em um único dia (8 de janeiro de 2001):

(1) O Banco Crédit Lyonnais (Uruguay) S/A custodiante de T-BILLS vende os T-BILLS à Parmalat, recebe o dinheiro em moeda estrangeira e fica custodiando o título em da compradora;

(2) A Parmalat Participações do Brasil Ltda vende os T-BILLS à Kolynos do Brasil Ltda., mediante ordem de alteração de titularidade, dada ao banco custodiante;

(3) A Kolynos do Brasil Ltda., nova detentora dos T-BILLS, mediante ordem de alteração de titularidade, dada ao banco custodiante, transfere os T-BILLS à Colgate Palmolive Company; Com isso, a empresa brasileira quita sua dívida para com a matriz americana.

(4) A Colgate Palmolive Company, nova detentora dos T-BILLS, os vende ao Banco uruguaio, por US\$ 5.375.194,31, cujo valor de face perfaz a quantia de US\$ 5.466.180,00. Documento de fls. 289 a 291.

Todas essas operações ocorrem simultaneamente: A titularidade dos T-BILLS passa do Crédit Lyonnais (Uruguay) S/A., para a Parmalat Participações do Brasil Ltda., permanecendo os títulos sob custódia do banco uruguaio. Ato contínuo, os títulos são vendidos para Kolynos do Brasil Ltda. que passa a ser a nova titular desses Títulos do Tesouro Americano. Em seguida, transfere a titularidade dos T-BILLS para a Colgate Palmolive Company, que, no mesmo instante, os transfere para o Banco Uruguaio. Assim, no mesmo dia, a titularidade dos T-BILLS deixa o banco Uruguaio e passa para uma sociedade brasileira que a transfere para outra, também sediada no Brasil, vai para um companhia dos Estados Unidos e retorna, no mesmo momento ao banco uruguaio.

O resultado Financeiro, também, simultâneo, é o que se segue:

O Banco uruguaio transfere título representativo de moeda estrangeira (US\$ 5.400.000,00 para a Parmalat Participações do Brasil Ltda., em forma de Títulos do Tesouro Americano, cujo valor de face representa US\$ 5.466.180,00. Esses títulos (representativos de moeda estrangeira), no mesmo instante, são vendidos pela Parmalat para a Kolynos do Brasil Ltda antiga denominação de Colgate Palmolive Indústria e Comércio Ltda., por R\$ 11.186.487,09. Assim, a Parmalat que detinha disponibilidade em moeda estrangeira a troca por moeda nacional, e a Kolynos que dispunha de moeda nacional a troca com a Parmalat e passa a ser detentora de disponibilidade em moeda estrangeira. Em seguida, transfere essa disponibilidade em moeda estrangeira para a Colgate Palmolive Company, sediada nos Estados Unidos da América, que revende esses títulos ao banco Uruguaio por US\$ 5.375.194,31.

Para melhor visualização das operações acima transcritas, veja-se a representação gráfica a seguir.

Diversas outras operações foram realizadas com a Construtora Andrade Gutierrez e, também com a Carital Brasil Ltda. no papel da Parmalat Participações do Brasil Ltda., permanecendo os demais atores representando os mesmos papéis que os da operação acima relatada.

Identificadas, passo a passo, as operações em que a autuada adquiriu as T-BILLS (Títulos representativos de moeda americana) e depois as transferiu para sua matriz sediadas nos Estados Unidos, resta aqui decidir se tais operações sofrem incidência do IOF-Câmbio.

No Brasil, legalmente, a atribuição para regular o mercado de câmbio e definir quais operações representam troca de moeda estrangeira é do Banco Central do Brasil, autoridade monetária responsável pela proteção das reservas e da moeda nacional. Sendo assim, é do BACEN a competência para dizer se determinada operação envolvendo moeda estrangeira tem natureza de câmbio. Justamente o que ocorreu no caso das operações ora sob exame, onde o BACEN, instado a manifestar-se nos autos do Processo judicial nº 0000987-59.2004.403.6181, julgado na 6ª Vara Criminal da Justiça Federal em São Paulo – SP, da ação penal movida pelo Ministério Público Federal em face dos Diretores da Parmalat Participações do Brasil Ltda., sobre essas operações, assim pronunciou-se (fls. 1279/83 desse processo judicial).

[...] b) O ingresso de valores decorrentes de operações com Títulos do Tesouro dos Estados Unidos não deve ser informado as autoridades monetárias? Esses títulos (ou respectivos valores) podem ser classificados como "divisas"?

Malgrado os chamados T-Bills (títulos de longo prazo emitidos pelo Tesouro dos Estados Unidos) possuam vinculação com "moeda estrangeira", por apresentarem certeza de liquidez imediata, pronta conversibilidade em dólares por valor muito próximo ao de face, e constituírem reserva de valor, tais títulos não se confundem com moeda eis que não têm as características de unidade de conta e de meio de pagamento. Desse modo, a comercialização desses títulos, entre domiciliados no Brasil, se dá por contrato de compra e venda de papel (títulos) mediante pagamento em reais pelo comprador ao vendedor.

O objeto do contrato de câmbio é a moeda estrangeira ou título que a represente. Inegavelmente, T-Bills são títulos representativos de moeda estrangeira. Assim, caso um banco autorizado a operar em câmbio, no Brasil, celebre um contrato de câmbio com pessoa natural ou jurídica também domiciliada no Brasil, por meio do qual o banco compre e a pessoa venda, e a forma de entrega da moeda estrangeira pactuada seja "Títulos e Valores",

especificando-se que por "Títulos" entenda-se T-Bills, essa operação de câmbio seria legítima, eis que estariam atendidos os requisitos previstos no artigo 1º do Decreto 23.258, de 1933, e no artigo 23, caput, e §2º parte final, da Lei 4.131, de 1962, constituindo, inclusive, a forma pela qual as operações de câmbio são comunicadas A autoridade monetária.

Em outras palavras: segundo o sistema adotado no Brasil, as operações cambiais são efetuadas através de estabelecimentos autorizados a operar em câmbio pelo Banco Central.

Significa dizer que recursos provenientes do exterior, a favor de domiciliados no País, devem ser objeto de uma operação de câmbio representada por um contrato de câmbio e esse contrato deve ser registrado no Sisbacen por força do artigo 37 da Lei 4.595/64 e da Resolução 1.453/88 do Conselho Monetário Nacional. Disso resulta que o estabelecimento autorizado a operar em câmbio se apropria da moeda estrangeira, em nome e por conta do Banco Central, e entrega os reais equivalentes ao favorecido (cliente) no Brasil.

O conceito ou definição de "divisa" não consta em documento normativo do Banco Central nem do Conselho Monetário Nacional, embora possa ser obtido na melhor doutrina jurídica especializada e na jurisprudência dos tribunais.

c) São comuns operações de compra de títulos no exterior, que permanecem custodiados no exterior, e sua venda no mesmo dia, em território nacional, a uma empresa (compradora) que efetua o pagamento em reais?

Negócios desse tipo, também chamados de operações "blue chip swap", não eram comuns antes de 1996 e, aparentemente, deixaram de ser interessantes após 1999.

Nesse período, em que o real mantinha estreita paridade com o dólar e a taxa de juros interna era muito mais atrativa do que a praticada no mercado internacional, houve a decisão de política econômica em tributar com o IOF os ingressos de capitais estrangeiros no País, com o objetivo de tornar necessário que esses capitais permanecessem aplicados no Brasil por período de tempo maior do que o inicialmente desejável pelo aplicador estrangeiro. Evidente que, se a tributação com o IOF reduz o valor de principal aplicado, há necessidade de maior prazo para que o aplicador auñera o rendimento esperado.

Note-se que, se o ingresso de recursos no País ocorresse mediante a celebração de contrato de câmbio ou pelo mecanismo

*de transferência internacional em reais (contas CC5) haveria o registro no Sisbacen e estaria caracterizado o momento de ocorrência do fato gerador do imposto com a necessária visibilidade. **As chamadas operações "blue chip swap" elidem esse efeito na medida em que o pagamento dos reais é feito no território nacional numa operação entre dois domiciliados no País.***

d) Pode-se cogitar que operações dessa natureza representam uma simulação de compra e venda de títulos? Caso positivo, o que se pretende com isso? Sonegação de imposto (s), por exemplo?

Na medida em que os contratos de compra e venda desses títulos dizem que uma parte alega possuí-los e deseja vendê-los e a outra parte alega desejar comprá-los, e, portanto, assim ajustados, uma parte os vende e a outra os compra, sem qualquer outra formalidade em termos documentais, seja de registro em centrais de custódia ou, ainda, de comprovação da existência real desses títulos e da necessária demonstração de transferência de titularidade no exterior, parece ser possível cogitar que se trata de simulação, inclusive com o objetivo de burlar a legislação tributária.

e) Qualquer outra informação julgada útil.

Os artigos 1º e 2º do Decreto 23.258, de 1933, assim dizem:

"Art. 1º São consideradas operações de câmbio ilegítimas as realizadas entre bancos, pessoas naturais ou jurídicas, domiciliadas ou estabelecidas no País, com quaisquer entidades do exterior, quando tais operações não transitem pelos bancos habilitados a operar em câmbio, mediante prévia autorização da fiscalização bancária a cargo do Banco do Brasil."

(atualize-se a leitura: pelos bancos autorizados a operar em câmbio pelo Banco Central do Brasil).

"Art. 2º São também consideradas operações de câmbio ilegítimas as realizadas em moeda brasileira por entidades domiciliadas no País, por conta e ordem de entidades brasileiras ou estrangeiras domiciliadas ou com residentes no exterior."

Acrescente-se o disposto no artigo 10 do Decreto-Lei 9.025, de 1946:

"É vedada a realização de compensação privada de crédito ou de valores de qualquer natureza, sujeitos os responsáveis as penalidades previstas no Decreto 23.258, de 19 de janeiro de 1933." (sublinhamos)

A realização de negócios estruturados de forma a elidir o conhecimento das operações de câmbio a eles pertinentes, portanto ao arrepio do sistema cambial adotado no Brasil, como é o caso do esquema conhecido por "blue chip swap", caracterizam as operações cambiais deles decorrentes como

ilegítimas. A vedação à compensação privada de crédito de que trata o Decreto-Lei 9.025, de 1946, coaduna-se com o artigo 1.024 do Código Civil de 1916, cuja disposição esta mantida no artigo 380 do Código Civil de 2002: "Não se admite a compensação em prejuízo de direito de terceiro".

Isso se vê pela remissão feita a penalidade prevista no diploma de 1933, que trata do relacionamento entre domiciliados no exterior e no Brasil (veja-se, a propósito, os "considerandos" introdutórios do Decreto 23.258, em especial os dois últimos), daí defluindo que o prejuízo a alheio de terceiro se caracteriza por retirar da autoridade monetária a visibilidade e o conhecimento dos fluxos financeiros correspondentes.

A motivação para negócios estruturados do tipo aqui tratado pode ser o não pagamento de tributos ou o aproveitamento de eventual ágio ou deságio da taxa entre os mercados de câmbio institucional e não institucional (paralelo ou black) ou, ainda, a necessidade de ocultar ou dissimular a ordem ou a propriedade dos recursos em moeda estrangeira ou em moeda nacional envolvidos no negócio, observado, quanto a este último aspecto, que o crime de lavagem de dinheiro somente foi tipificado com o advento da Lei 9.613, de março de 1998, regulamentada, no que concerne ao Banco Central, pela Circular 2.852, de dezembro do mesmo ano, com início de efeitos em 1.3.1999".

Ao seu turno, o magistrado, após a transcrição da manifestação do BACEN acrescenta:

Ao posicionamento da autoridade monetária acresça-se, outrossim, que, nos termos do artigo 65, caput, da Lei 9.069/95 — a qual, entre outras providências, dispôs sobre o Plano Real —, "o ingresso no País e a saída do País, de moeda nacional e estrangeira serão processados exclusivamente através de transferência bancária, cabendo ao estabelecimento bancário a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário" (grifado). Ora, este preceito só vem a reforçar a ilegitimidade das operações de câmbio realizadas por intermédio de blue chip swaps.

E conclui no sentido de que tais operações representam operações de câmbio ilegítimas.

Fica claro, portanto, que, para o BACEN, as operações de blue chip swap envolvendo T-Bills, nos moldes em que praticadas no caso concreto, configuram operações de câmbio ilegítimas, na medida em que, tendo por objeto a entrega de reais pactuada por meio do oferecimento de títulos de pronta conversibilidade em dólares, só poderiam ser viabilizadas mediante a confecção do respectivo contrato de câmbio, que, obrigatoriamente, deveria ser registrado no SISBACEN, por força do artigo 37 da Lei nº 4.595/64 e da Resolução no 1.453/88 do CONSELHO

MONETÁRIO NACIONAL, vedada, de qualquer forma, a

compensação privada de créditos – tal como a realizada entre a PARMALAT PARTICIPAÇÕES LTDA. e as empresas adquirentes dos T-Bills por ela supostamente negociados.

Reforçando minha convicção acerca da ilicitude das operações de blue chip swap examinadas nos presentes autos, aponto, ainda, o fato de que tais operações foram realizadas sem qualquer formalidade em termos documentais, seja de registro em centrais de custódia ou, ainda, de comprovação da existência real dos T-Bills e da necessária demonstração da transferência de sua titularidade no exterior.

Analisando a manifestação do Banco Central do Brasil, corroborada pela da Justiça Federal em São Paulo, conclui-se, sem maiores esforços que as operações de compra e venda de T-BILLS, nos moldes da realizadas nestes autos, caracterizam operações de câmbio ilegítimas. Ou nas palavras do magistrado:

transações que tinham por finalidade específica promover a entrada e a troca de moeda estrangeira em território brasileiro, consubstanciando verdadeiras operações privadas de câmbio — que conduz à conclusão da ilicitude.

Ressalte-se, por oportuno, que algumas das operações com T-BILLS realizadas pela Parmalat Participações do Brasil Ltda. tratada na ação penal acima aludida, são exatamente as que aqui se analisam. As demais operações objeto da autuação fiscal sob exame são absolutamente iguais no conteúdo, forma e modus operandi, diferindo, apenas no tocante às partes envolvidas, já que a Parmalat é substituída ora pela Construtora Andrade Gutierrez, ora pela Carital Brasil Ltda.

De todo o exposto, dúvida não resta que as operações com T-BILLS realizadas pela autuada configuram entrada, troca e saída de título representativo de moeda estrangeira em território brasileiro, caracterizando perfeitamente o tipo tributário previsto no inciso II do art. 63 do Código Tributário Nacional, vazado nos termos seguintes:

Lei nº 5.172, de 1966 – Código Tributário Nacional Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador:

...

II - quanto às operações de câmbio, a sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este;

...

Note-se que o texto legal não restringe a incidência do imposto à entrega física de moeda estrangeira ou nacional, tampouco exige que haja liquidação de contrato de câmbio. O campo de incidência é mais amplo e alcança as operações em que a

entrega da moeda é feita por meio de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado.

*Posto isso, e considerando que os T-BILLS, como afirmado pela autoridade monetária brasileira, o Banco Central do Brasil, que detém a competência exclusiva para determinar quais documentos representam moeda, que, **inegavelmente**, T-Bills são títulos representativos de moeda estrangeira, não se pode deixar de reconhecer que as operações com esses títulos estão dentro do campo de incidência do imposto. Aliás, a transcrição da cláusula I do contrato de compra e venda desses T-BILLS não deixam margem a dúvida de que se trata de operação de câmbio.*

I.VENDA E COMPRA I.1. Sujeito aos termos e condições deste contrato e de acordo com as declarações e garantias estabelecidas abaixo, a COMPRADORA concorda em comprar da VENDEDORA e a VENDEDORA concorda em vender a COMPRADORA, em 08/01/01 ('Data de Fechamento') as T-Bills identificadas no anexo ao presente, pelo preço de compra em dólares norte-americanos convertidos em moeda nacional, pelas taxas praticadas no mercado de taxas flutuantes, também indicado no referido anexo ("Preço de Compra").

I.2. A COMPRADORA deverá, sujeita no cumprimento de todas as condições estabelecidas neste contrato, incluindo as contidas no anexo presente, comprar T-Bills da VENDEDORA pelo Preço de Compra, na Data de Fechamento, devendo o pagamento ser efetuado mediante cheque administrativo ou Doc a favor da VENDEDORA. A VENDEDORA através de carta de transferência, deverá transferir as T.Bills à COMPRADORA na data da liquidação pelo preço de venda indicado no anexo.

De outro lado, nos termos do art. ¹118 do CTN, a definição legal do fato gerador deve ser interpretada abstraindo-se a validade jurídica dos atos efetivamente praticados (Princípio da pecúnia non olet), a natureza de seu objeto ou de seus efeitos, bem como os efeitos dos fatos efetivamente ocorridos. Desta feita, não faz sentido discutir-se aqui os motivos e as conseqüências dos fatos efetivamente ocorridos nas operações suso mencionadas.

Com essas considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial apresenta pelo Sujeito Passivo.

Diante do exposto, não merece reparo o acórdão recorrido que manteve à incidência do IOF sobre as operações realizadas com T-Bills.

Em relação à responsabilidade da sucessora por multa punitiva referente à infração cometida antes da Sucessão, melhor sorte não assiste à reclamante, conforme demonstrar-se-á linhas abaixo.

¹ Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Nessa matéria já tive oportunidade de manifestar-me na Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no Julgamento do recurso nº RD/201-125.478 que tinham por recorrentes a PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL e SADIA S.A.. Nesse julgamento o Colegiado decidiu que o sucessor responde pela multa de natureza fiscal, já que o direito dos contribuintes às mudanças societárias não pode servir de instrumento à liberação de quaisquer ônus fiscais (inclusive penalidades),.

Esse entendimento foi muito bem defendido pelo ilustre conselheiro Marcus Vinícius Néder de Lima, no julgamento do Recurso que deu origem ao Acórdão 202.11845, e, em virtude da similitude com a questão aqui tratada, com os agradecimentos de praxe, peço licença para transcrever e adotar excertos do desse acórdão como minhas razões de decidir:

Cuida-se, também, da responsabilidade tributária da recorrente e sucessora por multas fiscais integrantes do passivo da empresa incorporada EUCATEX MADEIRA LTDA., por sua vez incorporadora da empresa EUCATEX FLORESTAL LTDA, cujo recolhimento de PIS está a se exigir neste processo. Pleiteia, a recorrente, a elisão das referidas penalidades, sob o argumento que o artigo 132 do Código Tributário Nacional refere-se tão-somente à responsabilidade pelos tributos, sem mencionar os consectários.

O tema responsabilidade tributária é tratado no Capítulo V do Código Tributário Nacional e a responsabilidade por sucessão, mais especificamente, na Seção II desse mesmo capítulo. A Seção traz, inicialmente, a regra geral, em seu artigo 129, que direciona a responsabilidade tributária aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos. Ressalte-se, nesse passo, que o legislador, ao se referir à locução créditos tributários, cuja acepção técnica é bem definida em nosso ordenamento jurídico, não se reporta apenas ao tributo, alcança também a multa aplicada ao infrator da norma tributária.

Corroborar tal entendimento o fato de o artigo 134, que regula as diversas hipóteses de responsabilidade de terceiros, ressaltar, em seu parágrafo único, que as pessoas ali indicadas só respondem pelas multas de caráter moratório. Por argumento a contrário senso, pode-se inferir que o legislador, ao restringir a aplicação de multa moratória apenas para os casos ali elencados, manteve a regra geral prevista no artigo 129 para as demais hipóteses de responsabilidade por infração. No dizer de Carlos Maximiliano:

"(..) quando a norma se refere à hipótese determinada, sob a forma de proposição normativa; e, em geral, quando estatui de maneira restritiva, limita claramente só a certos casos sua disposição, ou se inclui no campo do direito excepcional. Então se presume que, se uma hipótese é regulada de certa maneira, solução oposta caberá à hipótese contrária."²

Assim, em que pese a responsabilidade por incorporação de empresa, prevista no artigo 132, fazer referência tão-somente a tributos, sem mencionar penalidade, a interpretação desse

dispositivo, a meu ver, deve ser feita sem se abstrair do contexto em que ele está inserido no Código. Estamos diante de ilícito de natureza fiscal, não se confundindo com o ilícito penal, este sim de índole personalíssima e, por conseqüência, não passa da pessoa do infrator.

Para Zelmo Denari, "o ilícito penal é inconfundível com o fiscal. Em sua formação, o que mais conta é o elemento subjetivo que enucleia a noção de culpabilidade. Por isso a maior preocupação daquele que interpreta ou julga o fato delituoso é justamente conhecer a personalidade do infrator, aferindo a intensidade da sua culpa. Tão representativo é o componente intencional na formação do ilícito penal que jamais se discutiu sobre o caráter personalíssimo da sanção que lhe corresponde.

Ora, nada disso importaria na configuração do ilícito fiscal. A começar que, para fixação da responsabilidade são desprezados todos os critérios subjetivos da conduta. Essa objetivação da responsabilidade foi acolhida pelo artigo 136 do Código Tributário Nacional, ao dispor que "a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato".

Ademais, quem pratica o ilícito fiscal, na generalidade dos casos, é pessoa jurídica de direito privado e não pessoa física. Esta circunstância afasta, de pronto, todo o propósito de dosar a gravidade do ilícito fiscal em função da personalidade do agente.

De resto, o ilícito fiscal costuma traduzir simples descumprimento de um dever administrativo relacionado com as atividades empresariais do contribuinte. Nada tem a ver com o ilícito penal. Do mesmo modo, nada tem a ver entre si as respectivas sanções: "a multa fiscal é somente uma punição de índole patrimonial que impõe um sofrimento econômico, jamais libertário, ao contribuinte."³

Além disso, a possibilidade de elisão da penalidade por mera alteração na estrutura societária da empresa é elemento indutor da prática de fraudes fiscais. José Eduardo Soares de Melo sustenta, nesse sentido, que:

"O direito dos contribuintes às mudanças societárias tão pode servir de instrumento a liberação de quaisquer ônus, fiscais (inclusive penalidade), pois seria muito simples efetuar negócios, com o objetivo de acarretar o desaparecimento dos devedores originários, de quem nada se pode exigir."⁴

Nesse diapasão, a ilustre Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão no Recurso Especial nº

³ *Sucessão Tributária: Aspectos Críticos Justiça Tributária, 1º Congresso Intenacional de Direito Tributário, 1998, 868/869.* 2.200-2 de 24/08/2001

32967 - RS, DJ de 20 de março de 2000, assim se pronunciou sobre essa matéria, in verbis:

"(...) Contudo, mesmo doutrinariamente, na atualidade, sinaliza-se para prevalência da tese de que a responsabilidade dos sucessores estende-se às multas, sejam elas moratórias ou punitivas, pelo fato de integrarem elas o passivo da empresa sucedida, conforme entendimento do Dr. Luiz Alberto Gurgel de Faria, em "Código Tributário Nacional Comentado", Editora Revista dos Tribunais:

"A não ser assim, muitas fraudes poderiam existir simplesmente para alterar a estrutura jurídica das empresas, fundindo-as, transformando-as ou realizando incorporações para afastar aplicação de penalidades (..) a posição mais moderna se inclina para a continuidade das multas (já aplicadas) por ocasião da sucessão da empresa. (Obra citada, pág. 527)."

Os antigos Conselhos de Contribuintes têm, reiteradamente, abraçado tal interpretação, como se pode constatar pela análise do teor dos acórdãos 108-06753 e 108-06754, da 8º Câmara do 1º Conselho, 202-12468, 202-12469 e 202-1470, da 2º Câmara do 2º Conselho.

Esse entendimento encontra ressonância no STJ, conforme se pode ver das ementas abaixo transcritas.

Ementa RECURSO ESPECIAL. MULTA TRIBUTARIA. SUCESSÃO DE EMPRESAS. RESPONSABILIDADE. OCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. TEMA NÃO ANALISADO. RETORNO DO AUTOS.

1. A empresa recorrida interpôs agravo de instrumento com a finalidade de suspender a exigibilidade dos autos de infração lavrados contra a empresa a qual sucedeu. Alegou a ausência de responsabilidade pelo pagamento das multas e, também, decadência dos referidos créditos. O Tribunal a quo acolheu o primeiro argumento, julgando prejudicado o segundo.

2. A responsabilidade tributária não está limitada aos tributos devidos pelos sucedidos, mas também se refere as multas, moratórias ou de outra espécie, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor.

3. Nada obstante os art. 132 e 133 apenas refiram-se aos tributos devidos pelo sucedido, o art. 129 dispõe que o disposto na Seção II do Código Tributário Nacional aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição, compreendendo o crédito tributário não apenas as dívidas decorrentes de tributos, mas também de penalidades pecuniárias (art. 139 c/c § 12 do art. 113 do CTN).

4. Tendo em vista que a alegação de decadência não foi analisada em razão do acolhimento da não-responsabilidade tributária da empresa recorrida, determina-se o retorno do autos para que seja analisado o fundamento tido por prejudicado.

5. *Recurso especial provido em parte.(REsp 1017186 / SC RECURSO ESPECIAL 2007/0303974-3, Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125),*

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 11/03/2008)

AÇÃO ANULATÓRIA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DECRETO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PODER REGULAMENTAR. POSSIBILIDADE.

I - "Os arts. 132 e 133, do CTN, impõem ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. É devida, pois, a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo; é ela imposição decorrente do não-pagamento do tributo na época do vencimento" (REsp ii 592.007/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 22/03/2004).

Diante do exposto, não consigo vislumbrar qualquer possibilidade de excluir a responsabilidade da reclamante pela obrigação tributária ora em exame.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial interposto pelo sujeito passivo.

Henrique Pinheiro Torres