



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 16327.002111/2005-21
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-004.436 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de março de 2018
Matéria IOF
Recorrente CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 23/03/2000, 24/03/2000, 28/03/2000, 31/03/2000, 14/04/2000, 14/08/2000, 15/08/2000

IOF. OPERAÇÕES DE CÂMBIO. T-BILLS. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE TÍTULOS DE DÍVIDA PÚBLICA ESTRANGEIRA E POSTERIOR VENDA A EMPRESAS BRASILEIRAS, COM PAGAMENTO À VISTA EM REAIS. FATO GERADOR. OCORRÊNCIA.

A operação de aquisição de títulos do Tesouro Norte-americano ("*Treasury Bills*" ou "*T-Bills*") seguida da revenda a empresa brasileira com pagamento em reais, em negócio realizado às margens do Sistema Financeira Nacional e do controle do Banco Central do Brasil, configura o fato gerador do IOF sobre operações de câmbio, a teor do art. 63 do Código Tributário Nacional e art. 11 do Decreto nº 2.219/97, por envolver documento representativo de moeda estrangeira.

SIMULAÇÃO NEGOCIAL. FRAUDE. MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO.

A simulação de negócios jurídicos com títulos representativos de moeda estrangeira ("*T-Bills*") objetivando a dissimulação de operação de câmbio caracteriza fraude, tal qual descrita no art. 73 da Lei nº 4.502/64, por pretender modificar características essenciais do fato gerador e evadir-se ou diferir o recolhimento do tributo devido - IOF-Câmbio -, ensejando a imposição da multa qualificada, nos moldes do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

INOVAÇÃO OU ALTERAÇÃO DOS CRITÉRIOS JURÍDICOS DO LANÇAMENTO. SIMULAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. INOCORRÊNCIA.

Não se verifica inovação da acusação fiscal ou mesmo modificação dos critérios jurídicos do lançamento a referência, em julgamento e voto, à ocorrência de negócio jurídico simulado, quando o relatório de autuação

destaca textualmente a realização de operações com títulos da dívida norte-americana ("*T-Bills*") como artifício para acobertamento do negócio almejado, *in casu*, operação de câmbio.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos o relator, Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, e os Conselheiros André Henrique Lemos e Tiago Guerra Machado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Robson José Bayerl.

(assinado digitalmente)

Rosaldo Trevisan- Presidente

(assinado digitalmente)

Leonardo Ogassawara De Araújo Branco - Relator

(assinado digitalmente)

Robson José Bayerl - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rosaldo Trevisan (presidente), Fenelon Moscoso de Almeida, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente), André Henrique Lemos, Robson José Bayerl, Tiago Guerra Machado, Renato Vieira de Ávila (suplente convocado) , Marcos Roberto da Silva (suplente convocado em substituição à Conselheira Mara Cristina Sifuentes).

Relatório

1. Trata-se de **Auto de Infração**, situado às *fls.* a 621 a 625 (Volume 01), lavrado com a finalidade de formalizar a exigência de Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros (IO/Câmbio), acrescido de juros de mora e de multa de ofício qualificada, no percentual de 150%, referente aos fatos geradores de 23/03/2000, 24/03/2000, 28/03/2000, 31/03/2000, 14/04/2000, 14/08/2000, 15/08/2000, de maneira a totalizar o crédito tributário no valor histórico de R\$ 43.945.304,14.

2. Em conformidade com o **termo de encerramento de fiscalização**, situado às *fls.* 610 a 615 (Volume 01), o lançamento de ofício ocorreu em razão de a autoridade fiscal, em procedimento fiscalizatório realizado em empresas do GRUPO PARMALAT, ter constatado que a contribuinte ora recorrente realizou operações de compra e venda de *T-Bills* ("*United States Treasury Bills*"), títulos da dívida pública norte-americana, indicativo da "(...) compra de um ativo, a efetivação de uma aplicação financeira" que, segundo a autuante, configuraria, na verdade, a prática de "(...) operações de câmbio atípicas, não usuais", caracterizadoras, portanto, do fato gerador do imposto incidente sobre operações de câmbio.

3. Em 27/12/2005, foi lavrado **termo de ciência**, situado às fls. 626 a 627 (Volume 01), com fundamento no inciso I do art. 23 do Decreto nº 70.235/1976, pois, tendo comparecido a autoridade fiscal ao edifício do "(...) *escritório da empresa em São Paulo*" para cientificar a contribuinte, foi informada pela recepcionista do prédio que o representante da ora recorrente "(...) *não receberia nenhuma pessoa da Receita Federal*".

4. Em 27/01/2006, a contribuinte apresentou **impugnação**, situada às fls. 635 a 659 (Volume 01), na qual alegou, preliminarmente, que: **(i)** seria inaplicável a multa qualificada de 150% em virtude da ausência dos pressupostos legais e materiais para a sua aplicação, o que deveria ser apreciado em sede preliminar, uma vez que a análise da legalidade de sua aplicação determinaria o *dies a quo* da contagem do prazo decadencial; **(ii)** uma vez afastada a qualificação da multa, o reconhecimento da decadência decorrente da aplicação tanto do §4º do art. 150, como também do inciso I do art. 173, ambos do Código Tributário Nacional; e, quanto ao mérito, que: **(iii)** não se verifica, no presente caso, o fato gerador do IOF, uma vez que não houve câmbio de moeda nacional por moeda estrangeira ou vice-versa, operação objeto de contrato específico e liquidável por ocasião da efetivação da troca; **(iv)** a indevida equiparação da contribuinte a instituição financeira; **(v)** a inexistência de operação de câmbio ilegítima nos termos dos arts. 1º e 2º do Decreto nº 23.258/1933; **(vi)** na verdade, parte das operações realizadas pela contribuinte se consubstanciam em aquisição de título de crédito em moeda estrangeira no exterior, regularmente comprovadas e contabilizadas, não tendo havido operação de câmbio, mas mera substituição de título de crédito adquirido de empresa domiciliada no exterior com valor expresso em moeda estrangeira pelos recursos decorrentes de sua venda; e **(vii)** inaplicabilidade da multa de ofício prevista no art. 15 do Decreto nº 2.219/1997 em virtude da não ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente.

5. Em 04/09/2006, a 1ª Turma da Delegacia Regional do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte (MG) proferiu o **Acórdão DRJ nº 02-11.568**, situado às fls. 666 a 689 (Volume 01), de relatoria do Auditor-Fiscal José Roberto Vieira Araújo, entendeu, por unanimidade de votos, ser a impugnação improcedente, mantendo integralmente o crédito tributário exigido, em conformidade com a ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

Data do fato gerador: 23/03/2000, 24/03/2000, 28/03/2000, 31/03/2000, 14/04/2000, 14/08/2000, 15/08/2000

Ementa: O prazo decadencial de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 173, I, do CTN, tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que esse lançamento de ofício poderia haver sido realizado.

Uma vez demonstrado que as operações com títulos custodiados no exterior tiveram como intuito o mascaramento de transações cambiais, manifesta-se o fato gerador do tributo incidente sobre as operações de câmbio cuja ocorrência, a compra e venda de títulos, pretendia evitar ou subtrair ao conhecimento da autoridade administrativa.

A multa de ofício será qualificada nos casos de evidente intuito de fraude, tendente a ocultar dolosamente da administração a ocorrência do fato gerador. A ocultação do fato gerador do IOF-Câmbio intentada pelo encobrimento de operações de câmbio com o ajuste de várias pessoas, constitui conluio, fraude e sonegação, nos termos da lei.

6. Intimada por meio de envio postal em 04/10/2006, conforme aviso de recebimento de fl. 692, a contribuinte apresentou, em 06/11/2006, **recurso voluntário**, situado às fls. 701 a 772 (Volumes 01 e 02), em cujas razões reiterou os argumentos de sua impugnação. Consigna-se que, na mesma oportunidade, apresentou duas relações de bens e direito para arrolamento, situada às fls. 774 a 776 e, posteriormente, em 09/12/2006, a relação de bens e direitos para arrolamento substitutivo ao arrolamento complementar, situado às fls. 790 a 791.

7. Em 03/06/2008, foi proferido o **Acórdão nº 203-12.951**, situado às fls. 800 a 814, pela extinta 3ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, sob a relatoria do Conselheiro Odassi Guerzoni Filho, que decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para declarar a decadência do direito da Fazenda constituir o crédito tributário e, por consequência, anular o auto de infração lavrado, nos termos da ementa abaixo transcrita:

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

Data do fato gerador: 23/03/2000, 29/03/2000, 28/03/2000, 31/03/2000, 14/04/2000, 19/08/2000, 15/08/2000

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INTIMAÇÃO PESSOAL. RECUSA. CARACTERIZAÇÃO. Não resta caracterizada a recusa da ciência de auto de infração quando esta não se fez acompanhar de termo próprio, lavrado na presença de testemunhas, de modo a que se permita saber; inclusive, o local e a data de sua lavratura. Some-se ao fato de que, no caso, os documentos objeto da intimação não foram entregues ao autuado.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO. CIÊNCIA VIA POSTAL. Considera-se feita a intimação na data do recebimento quando realizada por via postal.

DECADÊNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO. CANCELAMENTO. Cientificado o sujeito passivo do lançamento após o prazo legal estipulado para o Fisco fazê-lo, deve ser cancelado o auto de infração.

Recurso provido.

8. Em 09/10/2008, a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs **recurso especial**, situado às fls. 818 a 829, requerendo, em síntese, não estar decaído o direito de constituição do crédito tributário.

9. Em 05/02/2009, foi proferido o **Despacho de Admissibilidade nº 203-027**, situado às fls. 831 a 832, assinado pelo Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho, Presidente da extinta 3ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, que aprovou o prosseguimento do recurso especial interposto e determinou a intimação da contribuinte interessada.

10. A contribuinte, intimada mediante aviso postal em 26/03/2009, em conformidade com o aviso postal situado à fl. 837, apresentou, em 13/04/2009, **contra-razões de recurso especial**, situadas às fls. 839 a 857, requerendo a manutenção da decisão recorrida.

11. Em 10/04/2012, foi proferido o **Acórdão CSRF nº 9303-01.928**, situado às fls. 864 a 875, de relatoria do Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, no qual a 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais decidiu, por voto de qualidade, dar provimento integral ao recurso especial interposto, afastando a decadência e determinando o retorno dos autos ao colegiado recorrido para enfrentar as demais questões trazidas no recurso voluntário, nos termos da ementa abaixo transcrita:

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

Data do fato gerador: 23/03/2000, 24/03/2000, 28/03/2000, 31/03/2000, 14/04/2000, 14/08/2000, 15/08/2000

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INTIMAÇÃO PESSOAL. RECUSA. CARACTERIZAÇÃO.

Caracteriza recusa a receber a intimação fiscal o fato de os prepostos da autuada agirem de forma coordenada para impedir, intencionalmente, o Fisco de proceder a ciência do lançamento de ofício, inclusive, com alegações falsas de não deterem mandato para tal, ou de se recusarem a receber os agentes fiscais. Lavrada declaração de ciência que atesta a recusa por parte do sujeito passivo, a ciência do auto de infração considera-se efetuada na data dessa declaração.

DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. TERMO DE INÍCIO.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça, em sede recursos repetitivos, por força do art. 62A do Regimento Interno do CARF, devem ser observadas no Julgamento deste Tribunal Administrativo. O prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir o crédito pertinente à CPMF é de 05 anos, contados do fato gerador na hipótese de existência de antecipação de pagamento do tributo devido ou do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento já poderia ter sido efetuado, na ausência de antecipação de pagamento.

Recurso Especial do Procurador Provido.

12. A contribuinte, intimada mediante aviso postal em 11/03/2013, em conformidade com o aviso postal situado à *fl.* 886, opôs, em 15/03/2013, **embargos de declaração**, situadas às *fls.* 887 a 893, requerendo o reconhecimento de omissão e de contradição do acórdão embargado.

13. Em 19/09/2014, foi proferido o **despacho em embargos nº 9303-064**, situado à *fl.* 416, pelo Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo, Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que declarou improcedentes as alegações suscitadas, rejeitando liminarmente os embargos de declaração, com base na **informação em embargos** situada às *fls.* 444 a 445 fornecida pelo Conselheiro Henrique Pinheiro Torres.

14. Em 07/08/2014, a contribuinte recorrente protocolou **petição**, situada às *fls.* 902 a 903, requerendo juntada de sentença transitada em julgado, bem como das principais peças que culminaram no aresto judicial, que "(...) *inocentou os acusados da prática dos atos que ensejaram a ação fiscal que deu origem ao auto de infração, objeto do presente processo*", salientando, ainda, que tais peças "(...) *são trazidas aos autos deste processo administrativo por referirem-se à mesma matéria nele versada*", uma vez que a denúncia em referência teve origem em representação fiscal para fins penais lavrada "(...) *pelo mesmo auditor fiscal autor do referido auto de infração. Idênticos são os fatos e sua tipificação legal*", operando, portanto, "(...) *efeito terminativo em relação às tipificações penais de ambas as ações*", motivo pelo qual tal decisão teria acarretado a perda de objeto do presente processo, requerendo, portanto, o reconhecimento da conexão entre o presente processo e aquele objeto da decisão judicial em referência, bem como, subsidiariamente, a exclusão da multa agravada em razão da ausência de dolo.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco, Relator

15. O recurso voluntário preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

16. Segundo se depreende da leitura dos documentos que instruem os presentes autos, a autoridade fiscal concluiu que a contribuinte realizou operações cambiais fora de instituição legalmente habilitada consistentes na venda e compra de contratos representativos de títulos da dívida pública norte-americana, os assim denominados *T-Bills* ("*United States Treasury Bills*").

17. Em síntese, é possível se afirmar que, segundo o entendimento da autuante, a contribuinte contraiu dívida em moeda estrangeira com uma sociedade localizada no exterior. Em seguida, entregou os dólares provenientes do mútuo a banco sediado no

Uruguai, no qual realizou a aquisição dos *T-Bills*, vendendo-os no mesmo dia, mediante pagamento em reais, para empresa brasileira, que os revendeu novamente, de forma direta ou por pessoa vinculada, para o mesmo banco uruguaio, sem necessidade de ingresso ou transação de moeda estrangeira no Brasil, mas mera transferência de titularidade de investimentos, mas que, se vista de uma maneira global, representaria, na prática, uma operação ilegítima de câmbio sujeito à alíquota de 25%.

18. No caso concreto, os negócios começavam com um "*purchase agreement*", firmado com o CRÉDIT LYONNAIS (Uruguay) S/A (instituição financeira interveniente), representativo de determinado valor em dólares norte-americanos de *T-Bills*. O banco uruguaio se trata do representante do CRÉDIT LYONNAIS (New York), agente custodiante legalmente habilitado pela legislação norte-americana a transferir a titularidade dos *T-Bills* a seus adquirentes.

19. A operação contava, ainda, com ao menos dois operadores: os títulos adquiridos eram repassados, mediante novo contrato (diretamente ou por meio de pessoa vinculada sediada no exterior), a outra pessoa não vinculada, o "*segundo adquirente no Brasil*". Nesta transação, o adquirente recebia os reais correspondentes aos dólares e o segundo comprador revendia os mesmos títulos, diretamente ou por meio de pessoa vinculada, e mediante novo "*purchase agreement*", ao mesmo CRÉDIT LYONNAIS, dele recebendo os dólares correspondentes.

20. Assim, a autoridade fiscal identificou, como operação de aquisição e venda, o lote de *T-Bills* correspondente ao Código CUSIP nº 912795EB3, identificado pelo "*Committee on Uniform Securities Identification Procedures*" do governo norte-americano com o valor de face, a ser recebido pelo aplicador na data de vencimento, de US\$ 5.905.760,00, conforme a primeira linha da tabela abaixo. Neste caso, em 23/03/2000, o GRUPO PARMALAT (primeiro adquirente no Brasil) adquiriu do CRÉDIT LYONNAIS (Uruguay) os títulos pelo valor de US\$ 5.820.688,22 e os revendeu à CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ (segundo adquirente no Brasil), que realizou o pagamento em reais, sem pagamento de IO/Câmbio, ao GRUPO PARMALAT que, finalmente e no mesmo dia, realizou um novo *purchase agreement* com o CRÉDIT LYONNAIS (Uruguay), vendendo-os de volta por US\$ 5.807.371,22. Foram identificadas 9 operações como esta, utilizadas como subsídio para a lavratura do auto de infração ora objurgado, mas algumas delas incompletas, como se observa nas linhas 4, 5 e 8:

A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	
Nº orde m	Código do CUSIP	Vr. de face (US\$) do título	Código de referência da aquisição ao Crédit Lyonnais	Valor da aquisição ao Crédit Lyonnais em US\$	Primeiro adquirente no Brasil	Segundo adquirente no Brasil	Código de referência da venda ao Crédit Lyonnais	Valor da venda ao Crédit Lyonnais em US\$	Valor da operação de câmbio em R\$	Data da realização do negócio	IOF devido em decorrência da realização das operações de câmbio irregulares: 25%	
1	912795EB3	5.905.760,00	00833315275/CL	5.820.688,22	Parmalat Participações	Constr. A.Gutierrez	00833315272/CL	5.807.371,22	10.100.000,00	23/03/2000	2.525.000,00	
2	912795EB3	1.927.470,00	00843317821/CL	1.900.000,00	Parmalat Participações	Constr. A.Gutierrez	00843317664/CL	1.895.653,26	3.285.426,80	24/03/2000	821.356,70	
3	912795EC1	5.074.190,00	00833319360/CL	5.000.000,00	Parmalat Participações	Constr. A.Gutierrez	00833319364/CL	4.989.326,00	8.692.328,00	28/03/2000	2.173.082,00	
→	4	912795EC1	557.797,50	00913322565/CL	550.000,00	Acquisparta do Brasil	Constr. A.Gutierrez	-	963.322,80	31/03/2000	240.830,70	
→	5	912795EC1	579.181,00	00913322565/CL	570.940,49	Parmalat Participações	Constr. A.Gutierrez	-	1.000.000,00	31/03/2000	250.000,00	
	6	912795EC1	579.181,00	00913322565/CL	570.940,49	Carital Brasil Ltda.	Constr. A.Gutierrez	00913322305/CL	1.686.830,61	1.000.000,00	31/03/2000	250.000,00
	7	912795ET4	6.938.550,00	01053316981/CL	6.840.541,84	Parmalat Participações	Constr. A.Gutierrez	01053317074/CL	6.817.601,00	12.000.000,00	14/04/2000	3.000.000,00
→	8	912795FG1	7.818.030,00	02285400601/CL	7.692.807,25	Constr. A.Gutierrez	Colgate- Palmolive	-	12.938.151,00	14/08/2000	3.234.537,75	
	9	912795FG1	510.200,00	02285400601/CL	-	Constr. A.Gutierrez	Colgate- Palmolive	02285400602/CL	500.000,00	15/08/2000	225.308,50	
									50.880.462,60		12.720.115,65	

21. A autoridade fiscal aponta, ainda, que não localizou comprovante do pagamento dos papéis comprados diretamente do CRÉDIT LYONNAIS (Uruguay), e que os títulos eram comprados e vendidos quase sempre num mesmo dia. Chega, ainda, a tecer a seguinte elucubração, sem, no entanto, apontar para quaisquer provas que a lastreiem: *"possivelmente num mesmo horário, todos os interessados reunidos numa mesma sala"*. Intui, ainda, que *"(...) se essas operações fossem realmente sérias (sic) (...) não haveria sequer tempo para a troca de titularidades em Nova York, neste exíguo espaço de tempo"*. Chama a atenção, por outro lado, para a inexistência de ganhos: *"embora, em todos os casos, o preço de aquisição e de venda em reais seja sempre o mesmo, (...) constata-se perda, em dólares, para os supostos 'aplicadores', uma vez que o CRÉDIT LYONNAIS recomprava o título por valor menor que o recebido no momento da venda"*.

22. A autuante admite, ainda, não ter encontrado qualquer comprovante de pagamento dos primeiros adquirentes no Brasil, o que se deve ao fato de terem apresentado contratos de mútuo com coligadas, *"(...) freqüentemente firmados no Brasil pela mesma pessoa, que numa linha assina como representante da adquirente brasileira e na outra como mandatário da vendedora uruguaia"*. Sua conclusão é a de, *"(...) 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"*. Segundo este raciocínio, o crédito em dólares no exterior é feito não diretamente na conta de quem pagou os reais ao primeiro comprador, mas de uma pessoa vinculada, o que de fato explica a aparente perda em dólares entre os dois *"purchase agreements"* firmados com o banco uruguaio: trata-se, nada mais, que a comissão paga ao banco para ter efetuado o câmbio.

23. Tais operações, declaradas como aplicações financeiras e realizadas sem o conhecimento do Banco Central do Brasil, configurariam, ainda da perspectiva da autuante, operações ilegítimas de câmbio, assim definidas nos arts. 1º e 2º do Decreto nº 23.258/1933, regra ecoada no art. 23 da Lei nº 4.131/1962, com redação dada pelo art. 72 da Lei nº 9.069/1995 e art. 25 do Decreto nº 55.762/65. Em decorrência de tal constatação, a contribuinte perdeu o benefício fiscal previsto na alínea "e" do § 2º do art. 14 do Decreto nº 2.219/1997, ficando sujeita ao pagamento do IO/Câmbio incidente sobre operações de câmbio pela alíquota de 25%, fixada pelo art. 5º da Lei 8.894/94, conforme previsto no art. 15 do Decreto nº 2.219, tendo sido a multa correspondente qualificada nos termos do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96. Os fatos foram, ainda, comunicados ao Ministério Público e ao Banco Central do Brasil para averiguação de eventuais ilícitos.

24. Cabe notar que as conclusões manifestadas pela autoridade fiscal para dar suporte ao auto de infração consubstanciam matérias alheias ao campo tributário, circunscritas às sendas monetária e cambial e sujeitas, portanto, ao âmbito de competência da autoridade monetária. A configuração de tais ilícitos não é relevante para efeitos de incidência do imposto sobre operações de câmbio. Assim, dois seriam os caminhos possíveis para a construção do lançamento: ou a demonstração da ocorrência do fato gerador do tributo cobrado e não adimplido, ou a acusação de simulação ou fraude que, ao descortinar a verdadeira causa do negócio jurídico, irradia os efeitos tributários que lhe seriam próprios. A opção expressamente realizada pela autuante foi denotar a ocorrência do fato gerador, como se compreende, com hialina clareza, do trecho a seguir, e esta será a matéria ou questão de mérito devolvida ao conhecimento deste colegiado:

22) Qualquer que seja, porém, o ângulo sob o qual sejam examinados os negócios realizados por meio dos "purchase agreements", vinculados aos T-Bills, não há dúvida de que neles ocorre o fato gerador do IOF-operações de câmbio, assim definido no **Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66)**:

25. Assim, cabe a apreciação sobre se as sucessivas compras de *T-Bills* configuram o fato gerador do IO/Câmbio. Para responder a tal indagação, há de se retomar, em termos tão simples quanto possível, a operação: **(i)** o primeiro comprador dos títulos formaliza o ingresso no país de contrato representativo de moeda em dólares que estava no banco uruguaio; **(ii)** o valor correspondente em reais (que a autoridade fiscal reputa como base de cálculo do imposto não pago) é depositado na conta bancária da empresa no Brasil pelo segundo adquirente das *T-Bills*. Neste momento, intui a autoridade fiscal, sem, no entanto, apontar o menor indício de sua afirmação, que a quantia correspondente em dólares se torna disponível para quem efetua a venda ao banco uruguaio.

26. A partir deste vetor racional entende estar diante de operação de câmbio atípica, envolvendo 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*", não deixando claro em nenhum momento se entende se tratar de instituição financeira equiparada o primeiro ou o segundo adquirente no Brasil, e "(...) *o segundo, situado fora do Brasil, está evidentemente fora do sistema financeiro nacional*", ou seja, o banco uruguaio mandatário do agente de custódia habilitado a operar no Tesouro norte-americano em Nova Iorque.

27. Acusa, por fim, o banco uruguaio, o CRÉDIT LYONNAIS (Uruguay) S/A, de tornar possível operação ilícita de câmbio como também de praticar "(...) *remessa clandestina de dólares para qualquer lugar fora do país do interesse do último vendedor*". Com base em disciplina normativa monetária, considerou estar diante de operações de câmbio ilegítimas, pois realizadas entre bancos domiciliados no país com entidades no exterior sem trânsito da moeda em bancos habilitados a operar o câmbio, nos termos do art. 1º do Decreto nº 23.258/1933, que utiliza para fundamentar o lançamento, "(...) *mediante prévia autorização da fiscalização bancária*". Acresce que, segundo o art. 2º do diploma infralegal, igualmente ilegítimas serão consideradas aquelas operações realizadas em moeda brasileira por entidades bancárias domiciliadas no país por conta e ordem de entidades no exterior. Com fundamento em tais dispositivos, concluiu que a contribuinte "(...) *praticou operações ilegítimas de câmbio, assim definidas nos arts. 1º e 2º do Decreto 23.258/1933, no art. 23 da Lei 4.131/1962*", perdendo, assim, o benefício fiscal previsto na alínea "e" do §2º do art. 14 do Decreto nº 2.219/1997 (ora revogado pelo Decreto nº 4.494/2002), passando a ser tributado pelo IO/Câmbio sob a alíquota de 25%, fixada pelo art. 5º da Lei nº 8.894/94, tendo sido, ainda, qualificada a multa nos termos do inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96, e encaminhada representação ao Ministério Público Federal e ao Banco Central do Brasil:

Decreto nº 2.219/1997 - Art. 14. *A alíquota do IOF é de 25% (...). § 2º A alíquota do IOF fica reduzida a zero nas operações de câmbio: (...) e) relativas às demais transferências financeiras do exterior e para o exterior.*

Lei nº 8.894/94 - Art. 5º *O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF), incidente sobre operações de câmbio será cobrado à*

alíquota de vinte e cinco por cento sobre o valor de liquidação da operação cambial. (Regulamento)

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

28. É necessário se admitir, em primeiro lugar, que a fiscalização cambial **não é atribuição de competência da Receita Federal do Brasil**, mas do Banco Central do Brasil, e não cabe a este Conselho se pronunciar a respeito de matéria não afeita ao âmbito de sua jurisdição, sob pena de incorrer em manifesta nulidade. Cabe a este colegiado, apenas, a análise concernente à existência ou não do fato gerador do tributo, não sendo possível à autoridade fiscal realizar especulações não estribadas em suporte documental como faz múltiplas vezes em seu brevíssimo arrazoado, como, por exemplo, no seguinte trecho: "(...) *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*" (g.n.). Assim, não há de supor a autuante que a compra e venda de títulos no Brasil devem ser enquadradas, analogicamente, como operações irregulares de câmbio, ainda que não satisfaçam os requisitos de vera operação cambial. Em outras palavras, sem o ingresso no país de moeda estrangeira ou remessa de divisas para o exterior, não há de se supor, por via de analogia gravosa, estar-se diante da materialidade do imposto incidente sobre operação de câmbio e, logo, tampouco se vislumbra descumprimento da norma tributária:

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:*

I - quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

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;

III - quanto às operações de seguro, a sua efetivação pela emissão da apólice ou do documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável;

IV - quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, a emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, na forma da lei aplicável.

Parágrafo único. A incidência definida no inciso I exclui a definida no inciso IV, e reciprocamente, quanto à emissão, ao pagamento ou resgate do título representativo de uma mesma operação de crédito.

Art. 64. *A base de cálculo do imposto é: (...) II - quanto às operações de câmbio, o respectivo montante em moeda nacional, recebido, entregue ou posto à disposição.*

Decreto nº 6.306/2007 (RIOF) - Art. 2º *O IOF incide sobre:*

I - operações de crédito realizadas:

a) por instituições financeiras;

b) por empresas que exercem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring);

c) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física;

II - operações de câmbio;

III - operações de seguro realizadas por seguradoras;

IV - operações relativas a títulos ou valores mobiliários;

V - operações com ouro, ativo financeiro, ou instrumento cambial.

(...) Art. 11. O fato gerador do IOF é a 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.

Parágrafo único. Ocorre o fato gerador e torna-se devido o IOF no ato da liquidação da operação de câmbio.

Art. 12. São contribuintes do IOF os compradores ou vendedores de moeda estrangeira nas operações referentes às transferências financeiras para o ou do exterior, respectivamente.

*Parágrafo único. As **transferências financeiras compreendem os pagamentos e recebimentos em moeda estrangeira**, independentemente da forma de entrega e da natureza das operações.*

Art. 13. São responsáveis pela cobrança do IOF e pelo seu recolhimento ao Tesouro Nacional as instituições autorizadas a operar em câmbio.

29. Diante do entendimento da autoridade fiscal de que se está diante de uma sucessão de operações com *T-Bills* que redundaram, na verdade, em um mútuo internacional praticado pela recorrente visando se evadir do IO/Câmbio no momento da liquidação, em virtude do seu fechamento, uma vez que tais recursos do exterior deverão ser convertidos em reais, e considerando que não há incidência de IO/Crédito nos termos do § 2º do art. 2º do RIOF, necessário se perscrutar a respeito deste específico negócio jurídico que,

segundo o auto ora combatido, empresta materialidade a tal tributo, para o que nos valem os de percuciente e substancioso estudo de Leonardo Freitas de Moraes e Castro:

"De acordo com o art. 586 do Código Civil, o mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis em que o mutuário (devedor ou tomador) é obrigado a restituir ao mutuante (credor) o que dele receber em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade e, nos termos do art. 85 do Código Civil, são fungíveis os bens móveis que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, tais como a moeda (dinheiro) (...). Não há, na legislação comercial, civil ou tributária qualquer obrigatoriedade de cobrança de encargos nos negócios de mútuo entre pessoas jurídicas que mantenham vínculos de controle, coligação ou interligação no Brasil (...).

*(...) Sob a ótica regulatória, os **mútuos realizados com não-residentes** devem ser registrados no Banco Central do Brasil (Bacen) para garantir a remessa de juros e retorno do principal para o exterior (...). A partir do fechamento do contrato de câmbio, os recursos estarão convertidos em moeda local brasileira para serem utilizados pela mutuária. A partir desse momento, iniciam-se as questões tributárias relacionadas a tal mútuo internacional intercompany (...).*

*(...) Os **mútuos internacionais estão, como regra geral, sujeitos ao Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) incidente sobre operações de câmbio ("IOF-Câmbio")**, na medida em que os recursos advindos do mutuante no exterior (em moeda estrangeira) ou do mutuante do Brasil (em reais) deverão ser convertidos na moeda de curso forçado vigente na jurisdição do mutuário.*

Em razão do fechamento do câmbio, para a conversão de uma moeda em seu correspondente financeiro na outra moeda, haverá IOF-Câmbio, no momento da liquidação de tal operação. Note-se que, 'no Brasil, não há incidência de IOF/Crédito nos financiamentos externos', conforme se extrai do art. 2º, § 2º do Decreto nº 6.306/07 ("Regulamento do IOF" ou "RIOF").

(...) pragmaticamente, são os bancos comerciais ou corretoras que recolhem o IOF-câmbio (cobrado na data de liquidação da operação), razão pela qual são raras as autuações versando sobre IOF-câmbio em face do contribuinte, sendo a grande maioria lavrada em face dos responsáveis (...).

O IOF-câmbio incide sobre o montante em moeda nacional, recebido, entregue, ou posto à disposição, correspondente ao valor, em moeda estrangeira, da operação de câmbio, que deve constar descrito no contrato de mútuo.

(...) Ademais, é de suma importância atentar para a data em que foi registrado no Banco Central (Bacen) o contrato de empréstimo externo e qual foi o prazo de pagamento (vencimento) de cada contrato (...) porque o dispositivo veiculado no inciso XII do art. 15-A foi alterado inúmeras vezes no decorrer dos anos, prevendo diversos prazos mínimos e diversas alíquotas para os empréstimos externos. Vale lembrar

que o IOF é um imposto extrafiscal, utilizado para fins de regulação econômica-cambial, que não está sujeito ao princípio da legalidade nem ao princípio da anterioridade anual ou nonagesimal (...) podendo ser alterado por meio de Decreto e sem necessidade de vacatio legis para sua eficácia plena"¹ - (seleção e grifos nossos).

30. Em primeiro lugar, o **fato gerador** do imposto em apreço é o fechamento do câmbio representativo da recepção, entrega ou disponibilização correspondente ao valor em moeda estrangeira descrito no contrato de mútuo. Para a autoridade fiscal, a materialidade ou o fato gerador na operação presente foi, indistintamente, a compra (linhas 1 a 7) ou venda (linhas 8 e 9) de títulos em reais em território nacional.

A	F	G
Nº orde m	Primeiro adquirente no Brasil	Segundo adquirente no Brasil
1	Parmalat Participações	Constr. A.Gutierrez
2	Parmalat Participações	Constr. A.Gutierrez
3	Parmalat Participações	Constr. A.Gutierrez
4	Acquasparta do Brasil	Constr. A.Gutierrez
5	Parmalat Participações	Constr. A.Gutierrez
6	Carital Brasil Ltda.	Constr. A.Gutierrez
7	Parmalat Participações	Constr. A.Gutierrez
8	Constr. A.Gutierrez	Colgate- Palmolive
9	Constr. A.Gutierrez	Colgate- Palmolive

31. Em segundo lugar, o **sujeito passivo** do imposto é: (i) o **comprador** de moeda estrangeira nas operações referentes às transferências financeiras **para** o exterior (*outbound*); ou (ii) o **vendedor** de moeda estrangeira nas operações referentes às transferências financeiras **do** exterior (*inbound*). Para a autoridade fiscal, é tanto o comprador (linhas 1 a 7) como o vendedor (linhas 8 e 9) de título patrimonial em operação interna de compra e venda, não importando se a compra foi feita com transferência financeira para o exterior ou se a compra foi feita com transferência financeira do exterior, pois, no presente caso, não há remessa para ou ingresso do exterior, ou sequer moeda estrangeira, mas operação interna com moeda nacional.

32. Em terceiro lugar, a **base de cálculo** do imposto é o valor em moeda estrangeira descrito no contrato de mútuo. Para a autoridade fiscal, é o custo de aquisição do título pela empresa vendedora. Em outras palavras, é o valor pago pela primeira adquirente ao

¹ CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. "Tributação dos Mútuos Domésticos e Internacionais entre Sociedades Relacionadas (intragroup loans) - temas atuais e controversos". In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). Mercado Financeiro & de Capitais: regulação e tributação. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2015, pp. 649 a 727.

banco uruguaio por meio do *purchase agreement*, i.e.: apesar de o fato gerador ser a compra ou venda, a base não é o valor de alienação, mas o custo de aquisição. Toma-se, como exemplo, a linha 1 da tabela que acompanha o auto de infração: para um valor de face de US\$ 5.905.760,00, fixado em 22/06/2000, o CRÉDIT LYONNAIS (Uruguay) realizou a venda do título, em 23/03/2000, por US\$ 5.820.688,22 ao GRUPO PARMALAT que, por sua vez, como condição de *closing* do contrato, deveria realizar o pagamento diretamente ao CRÉDIT LYONNAIS (New York), agente de custódia habilitado a operar no Tesouro norte-americano. O valor correspondente a este **custo de aquisição** foi utilizado como base de cálculo para a recorrente que, recorde-se, figuraria, em um segundo negócio jurídico, como adquirente de título patrimonial pertencente ao GRUPO PARMALAT.

33. Tais dados podem ser facilmente conferidos com a leitura de trechos recortados e destacados por este relator do contrato situado às fls. 468 a 469, que devem ser cotejados com a parte correspondente da tabela que compõe o auto de infração:

Nº ordem	Código do CUSIP	Vr. de face (US\$) do título	Código de referência da aquisição ao Crédit Lyonnais	Valor da aquisição ao Crédit Lyonnais em US\$	Primeiro adquirente no Brasil	Segundo adquirente no Brasil	Código de referência da venda ao Crédit Lyonnais	Valor da venda ao Crédit Lyonnais em US\$	Valor da operação de câmbio em R\$	Data da realização do negócio	IOF devido em decorrência da realização das operações de câmbio irregulares: 25%
1	912795EB3	5.905.760,00	00833315275/CL	5.820.688,22	Parmlat Participações	Constr. A.Gutierrez	00833315272/CL	5.807.371,22	10.100.000,00	23/03/2000	2.525.000,00

Acordado

PURCHASE AGREEMENT

AGREEMENT made as of March 23, 2000 between CRÉDIT LYONNAIS (URUGUAY) S.A., a bank with its principal place of business located at Circunvalación Durango n°1372, Montevideo-Uruguay (hereinafter referred to simply as "**SELLER**"), and PARMALAT PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA., a company with its principal place of business located at Rua Tenerife n° 31, São Paulo/Brasil (hereinafter referred to simply as "**BUYER**").

I. SALE AND PURCHASE

1.1. Subject to the terms and conditions of this Agreement and in accordance with the representations and warranties set out below, **BUYER** agrees to purchase from **SELLER** and **SELLER** agrees to sell to **BUYER** on March 23, 2000 (the "Closing Date") the T-Bills to be identified on the exhibit attached hereto for the purchase price in American Dollars also indicated on such exhibit (the "Purchase Price").

1.2. **BUYER** shall subject to the completion of all the conditions precedent set out in this Agreement, including completion of the conditions set out in the exhibit attached hereto, purchase T-Bills from **SELLER** for the Purchase Price. On the closing date, **SELLER** shall transfer the T-Bills to **BUYER** and the **BUYER** shall pay the **SELLER'S** account below designated:

To: Credit Lyonnais New York → US\$ 5.820.688,22 ⇒ R\$ 10.100.000,00

For the purpose of the Agreement hereto attached, dated March 23, 2000, the T-Bills to be delivered by the **SELLER**, as well as the Purchase Price in American Dollars to be paid by the **BUYER** are identified below:

(1) T-Bills

Face Amount	Maturity Date	CL Reference #	CUSIP number
US\$ 5,905,760.00	June 22, 2000	00833315275/CL	912795EB3

(2) Purchase Price in American Dollars

→ US\$ 5,820,688.22

34. Tanto é assim que, nos casos das linhas 4, 5 e 8, a autoridade fiscal sequer dispõe do valor de venda dos títulos ao não-residente brasileiro, no caso, o banco uruguaio, pois os reputa indiferentes para a composição da base de cálculo por ela almejada:

↓ ↓											
4	912795EC1	557.797,50	00913322565/CL	550.000,00	Acquasparta do Brasil	Constr. A.Gutierrez	-	-	963.322,80	31/03/2000	240.830,70
5	912795EC1	579.181,00	00913322565/CL	570.940,49	Parmalat Participações	Constr. A.Gutierrez	-	-	1.000.000,00	31/03/2000	250.000,00
8	912795FG1	7.818.030,00	02285400601/CL	7.692.807,25	Constr. A.Gutierrez	Colgate-Palmolive	-	-	12.938.151,00	14/08/2000	3.234.537,75

35. Em quarto lugar, em um empréstimo internacional, o **aspecto temporal** do imposto é a data da liquidação do contrato, quando se realiza o fechamento do câmbio, o que tem impacto direto na formação da base de cálculo, tendo em vista a variação do valor da moeda estrangeira frente à moeda de curso forçado no Brasil. Para a autoridade fiscal, é a data da aquisição dos títulos patrimoniais do CRÉDIT LYONNAIS (Uruguay) pela empresa vendedora.

36. Assim, de maneira didática, o que se tributa com imposto sobre operações de câmbio, no presente caso, é um negócio jurídico com as seguintes características: **(i) fato gerador**: compra ou venda de títulos em reais em território nacional; **(ii) sujeito passivo**: comprador ou vendedor de título patrimonial em operação interna de compra e venda; **(iii) base de cálculo**: custo de aquisição em reais do título pela empresa vendedora em negócio jurídico da qual a recorrente não participou; **(iv) aspecto temporal**: data da aquisição dos títulos patrimoniais pela empresa vendedora em negócio jurídico da qual a recorrente não participou. Descabe à autoridade fiscal criar, a seu talante e alvedrio, fato gerador de tributo novo, como se dotada de competência residual para fazê-lo e à revelia da repartição constitucional de competência ou mesmo, como se percebe, em desapareço do quadro normativo legal e infralegal que rege e disciplina a formação da relação jurídico-tributária que aperfeiçoa a cobrança do imposto incidente sobre as operações de câmbio.

37. Assim, uma vez descaracterizada a própria materialidade do tributo, descabe igualmente se falar em ilegitimidade das operações de câmbio, pois câmbio não houve, e, logo, resta derruído o lastro positivo utilizado pelo lançamento, ou seja, os arts. 1º e 2º do Decreto nº 23.258/1933, e o art. 23 da Lei nº 4.131/1962 e, muito menos, cogitar-se perda de benefício fiscal previsto na alínea "e" do § 2º do art. 14 do Decreto nº 2.219/1997.

38. E, ainda que tal fosse possível (e não é) admitir-se falar em irregularidade de operação cambial onde câmbio não há, necessário se atentar à petição, situada às *fls.* 902 a 903, protocolada pela ora recorrente. Os pressupostos de fato em apreço, que embasaram o lançamento ora combatido, figuraram na denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, em 18/01/2012, provenientes do Inquérito Policial nº 522/2011, instaurado a partir de representação fiscal para fins penais produzida pela Receita Federal, para investigar a saída clandestina de moeda para contas no exterior sem autorização legal configuradora do tipo penal previsto na primeira parte do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/1986, na forma do art. 29 e do art. 71 do Código Penal.

39. Como se denota da denúncia, averiguou-se a prática da chamada operação de "dólar cabo", técnica de compra de moeda estrangeira por meio de sistema de compensação paralela, por meio da qual reais seriam entregues ao Grupo Parmalat, ao passo que o valor correspondente em moeda estrangeira seria pago diretamente, fora do país, pelo operador do esquema, o CRÉDIT LYONNAIS (Uruguay) à CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ, ora recorrente à margem do Banco Central. O auto de infração em apreço comunga parte dos

fatos geradores discutidos na peça ministerial, como se observa da comparação das tabelas a seguir recortadas:

A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L
Nº orde m	Código do CUSIP	Vr. de face (US\$) do título	Código de referência da aquisição ao Crédit Lyonnais	Valor da aquisição ao Crédit Lyonnais em US\$	Primeiro adquirente no Brasil	Segundo adquirente no Brasil	Código de referência da venda ao Crédit Lyonais	Valor da venda ao Crédit Lyonais em US\$	Valor da operação de câmbio em R\$	Data da realização do negócio	IOF devido em decorrência da realização das operações de câmbio irregulares: 25%
1	912795EB3	5.905.760,00	00833315275/CL	5.820.688,22	Parimalat Participações	Constr. A.Gutierrez	00833315272/CL	5.807.371,22	10.100.000,00	23/03/2000	2.525.000,00
2	912795EB3	1.927.470,00	00843317821/CL	1.900.000,00	Parimalat Participações	Constr. A.Gutierrez	00843317664/CL	1.895.653,26	3.285.426,80	24/03/2000	821.356,70
3	912795EC1	5.074.190,00	00833319360/CL	5.000.000,00	Parimalat Participações	Constr. A.Gutierrez	00833319364/CL	4.989.326,00	8.692.328,00	28/03/2000	2.173.082,00
4	912795EC1	557.797,50	00913322565/CL	550.000,00	Aquasparta do Brasil	Constr. A.Gutierrez	-	-	963.322,80	31/03/2000	240.830,70
5	912795EC1	579.181,00	00913322565/CL	570.940,49	Parimalat Participações	Constr. A.Gutierrez	-	-	1.000.000,00	31/03/2000	250.000,00
8	912795FG1	7.818.030,00	02285400601/CL	7.692.807,25	Constr. A.Gutierrez	Colgate- Palmolive	-	-	12.938.151,00	14/08/2000	3.234.537,75
9	912795FG1	510.200,00	02285400601/CL	-	Constr. A.Gutierrez	Colgate- Palmolive	02285400602/CL	500.000,00	901.234,00	15/08/2000	225.308,50
									50.880.462,60		12.720.115,65

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

QUADRO 1

DATA	ADQUIRENTE	ALIENANTE	VALOR OPERAÇÃO-US\$	VALOR DE FACE-R\$
23/03/00	PARMALAT	CREDIT LYONNAIS	5.820.688,22	5.905.760,00
24/03/00	PARMALAT	CREDIT LYONNAIS	1.900.000,00	1.927.470,00
28/03/00	PARMALAT	CREDIT LYONNAIS	5.000.000,00	5.074.190,00
31/03/00	PARMALAT	CREDIT LYONNAIS	570.940,49	579.181,00
14/04/00	PARMALAT	CREDIT LYONNAIS	6.840.541,84	6.938.550,00

40. A denúncia foi recebida contra os administradores da ora recorrente com a acusação de terem realizado operações simuladas de compra e venda de títulos do tesouro americano com o fim de promover a saída de moeda para o exterior à margem da autoridade monetária, tendo sido a pretensão punitiva julgada improcedente, conforme os seguintes trechos da sentença deduzida no Processo nº 1921-55.2012.4.01.3800, que tramitou na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais:

Com efeito, não havendo nos autos provas contundentes de que os acusados tivessem a certeza inequívoca da ilicitude das operações realizadas, merece, pois, acolhida o pedido de absolvição dos réus, formulado pela Defesa e pelo Ministério Público Federal, vez que restou inequivocamente demonstrado na espécie o erro sobre a ilicitude do fato a ensejar, na hipótese, a absolvição dos acusados, posto não ter sido a eles possível a completa consciência da ilicitude, ante as circunstâncias dos fatos que indicavam a certeza da legalidade das operações mencionadas na denúncia.

41. A sentença, ainda que transitada em julgado, não implica a perda do objeto do presente processo administrativo, pois diferentes são as questões em disputa, e tampouco há previsão legal ou regimental para que seja reconhecida a conexão entre os feitos, como requer a recorrente em sua petição, mas entendo que a sua superveniência já seria suficiente para a exclusão da qualificação da multa para o percentual de 150%. E, ainda que se argumente que também os dolos discutidos seriam igualmente diversos, restringindo-se o presente processo a discutir a intenção de não recolher o tributo, e independentemente da formação do convencimento judicial passado em julgado informada pela contribuinte, ainda

assim é de causar verdadeira espécie a cominação qualificada por parte da autoridade fiscal, pois ela mesma afirma expressamente a **inexistência de fraude** na operação, conforme se extrai do parágrafo 11 do termo de encerramento de fiscalização, situado à fl. 611, o que, por si só, já seria suficiente para o seu afastamento:

11) Claro está que 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.

42. Por outro lado, ainda que se erija o princípio da autotutela da Administração no sentido de se afirmar a possibilidade de tomada autônoma de decisões não-conflitantes com o Poder Judiciário, trata-se, antes, da adequação de seus atos e condutas à legalidade e ao interesse público e, neste sentido, é necessário se ter em conta que a contribuinte recorrente foi absolvida dos crimes de sonegação e de evasão de divisas, não havendo, portanto, de se falar em operação cambial irregular o que, repita-se, pertence ao âmbito da competência não deste Conselho ou da Receita Federal, mas da autoridade monetária. Tal discussão, no entanto, apenas seria necessária se fosse possível se falar em fato gerador do IO/Câmbio, o que, como se viu, não ocorreu.

43. A aquisição de *Treasury Bills* custodiados no exterior por pessoa jurídica no Brasil para posterior revenda com pagamento à vista a segunda adquirente no Brasil mediante contratos de mútuo foi apreciada pelo Acórdão CARF nº 201-77174, proferido em sessão de 09/09/2003, de relatoria do Conselheiro Antônio Mário de Abreu Pinto, tendo o colegiado decidido favoravelmente à contribuinte, vencidas as Conselheiras Josefa Maria Coelho Marques e Adriana Gomes Rego. No caso discutido, a contribuinte autuada utilizou a sua controlada, sediada nas Ilhas Caymann, para adquirir T-Bills. A controladora, por sua vez, celebrou contrato de mútuo com pagamento futuro com empresa brasileira, por meio do qual os títulos foram transferidos contra pagamento, à empresa estrangeira, em moeda nacional em conta CC5. A empresa brasileira vendeu os títulos a segundos adquirentes no Brasil, que pagavam em reais. A turma rejeitou a acusação fiscal por, em primeiro lugar, não vislumbrar, na espécie, fato gerador do tributo cobrado e, em segundo lugar, por falta de previsão legal para desconsiderar o negócio jurídico.

44. O acórdão foi objeto de recurso especial, por parte da Fazenda Nacional, tendo sido proferido, pelo órgão de cúpula deste Conselho, o Acórdão CSRF nº 02-02617, proferido em sessão de 23/04/2007, de relatoria do Conselheiro Antonio Carlos Atulim, que decidiu pela inexistência de fato gerador do imposto sobre operações de câmbio, em conformidade com a ementa a seguir transcrita, e, portanto, a atual posição adotada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

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 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.

Recurso especial negado.

45. No Acórdão CARF nº 202-15948 proferido em sessão de 10/11/2004, de relatoria do Conselheiro Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski, discutiu-se igualmente a incidência do imposto sobre operações de câmbio decorrentes da captação internacional de recursos. Neste caso, a contribuinte emitiu *Fixed Rate Notes* e *Euro-commercial Paper* no exterior e, com os recursos obtidos, adquiriu também no mercado internacional títulos da dívida pública americanos e argentinos. Em seguida, como no presente caso, vendeu os títulos no mercado brasileiro para empresas brasileiras. Por fim, para quitar os papéis emitidos no exterior, comprou os títulos da dívida estrangeira no mercado interno, revendeu-os no exterior e, com os recursos obtidos, efetuou o resgate dos papéis ("notes"). Abstraindo-se os detalhes fáticos do caso, percebe-se que a matéria de fundo é exatamente a mesma: o que se discute é se a venda dos títulos públicos no mercado brasileiro configuram ou não o fato gerador do imposto. Recorta-se trecho do voto do relator:

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

46. O colegiado deu provimento ao recurso por unanimidade de votos nos termos da ementa abaixo transcrita:

IOF-CÂMBIO . FATO GERADOR.

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

47. Entendo que seria eventualmente possível se discutir se houve ou não pacto simulatório ou "*causa simulandi*" tendente a apontar para a ocorrência, de fato, de negócio jurídico passível de incidência do imposto sobre operações de câmbio. No entanto, como se percebe da leitura das lacônicas 5 folhas que compreendem a fundamentação fática e jurídica do lançamento consistente no termo de encerramento da fiscalização, em nenhum

momento se volta a autoridade fiscal a acusar a simulação preferindo, ao contrário, o ingrato caminho da analogia: a um tempo, admite que não se está diante do fato gerador de conteúdo exacional, mas entende que, mesmo assim, seria possível o reconhecimento da incidência. Este percurso contraditório é trilhado também na aplicação do direito tributário sancionador, como se demonstrou acima: a um tempo, afirma que os títulos existem e que, por este motivo, não é possível se falar em fraude, mas entende que, mesmo assim, a multa deve ser qualificada. A hesitação argumentativa do aplicador conduz à insegurança e a aplicação por via da integração analógica com efeitos gravosos conhece a limitação severa do § 1º do art. 108 do Código Tributário Nacional, sobre o qual já escrevemos em outras oportunidades:

"Diante da ausência de uma razão prévia posta (logos) para a solução de problemas da vida (G), ou, em outras palavras, de inexistência da indicação de um fundamento remoto obrigatório ($\neg B$) para aquele que opera no campo jurídico, seria possível se apontar uma alogia.

Assim, àquele a quem incumbe a solução de tal contenda, uma vez que não pode se furtar a decidir, a lei determina a busca de casos que guardem semelhanças de família com aquele que se apresenta em juízo. O “caso semelhante” (G’), por seu turno, tem um apoio correspondente (B), que passará a dar suporte à decisão (C) do aplicador para o primeiro caso, de maneira a derruir a alogia, o que se pode chamar, portanto, de aplicação analógica do direito. Nela, como se percebe, reconstrói-se a razão perdida por meio da comparação de dois fatos diferentes, porém similares, ou, para nos valermos dos instrumentos do modelo adotado, dos dados (D) ou grounds (G) da alegação. Segundo esta técnica, o aplicador se lança ao exercício contrafactual de afirmar que, fosse G’ o problema (sabemos que não o é), então, provavelmente, aplicaria o fundamento B para chegar a C. No entanto, G’ é muito similar a G e, portanto, à falta de um texto mais adequado, e diante da obrigatoriedade de emitir uma asserção válida segundo os critérios de seu campo, usará B para alcançar C. O intérprete autêntico está autorizado a considerar G “muito similar” a G’, a ponto de fazer com que comunguem do mesmo apoio, com base “(...) na ideia de igualdade e de justiça formal, já que prescreve que fatos semelhantes tenham a mesma forma de julgamento” na ausência de norma específica para um deles.

O percurso deste tipo específico de discurso racional do campo jurídico envolve, portanto, ao menos três estruturas argumentativas bastante distintas, ou, como é possível chamar, aplicação analógica lato sensu: em primeiro lugar, o aplicador deve considerar que G é semelhante a G’ conforme um critério e uma finalidade; em seguida, elaborar uma conclusão C a partir de G’ com apoio em B como fundamento remoto válido; por fim, realizar a aplicação analógica stricto sensu que consiste em, a partir de G, chegar também a C com base em B.

Observe-se, ademais, que a aplicação do modelo para a decomposição desta operação facilita a sua distinção da chamada “interpretação extensiva”, onde não há integração, não há G’, mas mera “interpretação analógica”, ou uma “(...)

analogia por compreensão”, discurso que serviu aos defensores de uma pretensa completude do ordenamento como escudo retórico, pois, por meio deste expediente, teria passado a ser possível “fazer direito” sem o fardo de se reconhecer a lacuna, ou incompletude do sistema. Aceitá-lo é admitir também a limitação da “(...) capacidade criativa do intérprete em inovar o ordenamento (...), preservando-se, assim, a segurança jurídica”.

(...) A questão granjeia centralidade a partir da apreciação econômica dos negócios jurídicos, por meio da qual se impede que o contribuinte organize a sua atividade de maneira a evitar o fato gerador e, ao mesmo tempo, garantir o resultado econômico pretendido, o que, no entendimento de Dino Jarach, configuraria uma forma de tributação por analogia. Uma vez analisado o uso do propósito negocial nos diferentes momentos da estrutura argumentativa pelo CARF, e elaborada a crítica ao seu uso como apoio, na averiguação sobre os efeitos decorrentes da constatação de sua ausência no negócio jurídico praticado, propõe-se a apreciação crítica do Acórdão nº 140100.582, em que se retratou a configuração de uma operação do tipo “casa e separa”. As provas colhidas pela autoridade fiscal, tais como a efemeridade das associações, a subscrição de novas ações de uma sociedade anônima, com incorporação da reserva de capital havida e a posterior cisão parcial e seletiva da companhia investida com versão de ativos aos antigos sócios (D/G) foram suficientes para que o conselheiro que redigiu o voto vencedor concluísse que o contribuinte fez uso de uma concatenação de “(...) negócios típicos produzindo um efeito atípico (...) usando ‘norma de cobertura’ sem propósito negocial algum que protegeria a conduta analisada” (W). Tratou de explicar, ainda, que o propósito negocial seria “(...) elemento importante no processo de interpretação do fato para a formação da convicção do julgador”. A descrição da operação, além disso, conformou, ainda no plano das garantias (W), a figura do negócio jurídico indireto, neste caso, da venda da participação societária.

Se, antes mesmo da edição do Código Tributário Nacional, a doutrina se posicionava de maneira contrária ao uso do argumento analógico em direito tributário, o § 1º do art. 108, ao vedar a chamada “analogia gravosa” ou punitiva, restringiu seu âmbito de utilização apenas a situações que não impliquem imposição fiscal, o que foi traduzido pelos tribunais judiciais como ideia de analogia “in bonam partem”. Assim, o uso da técnica analógica tem sua eficácia argumentativa duplamente limitada, seja por considerações de garantia que pugnam pelo primado da segurança jurídica, seja por asserção expressa de apoio com base na lei tributária. O raciocínio de que, diante de G e de G’, encontremos manifestações de capacidade contributiva equivalentes, em que pese a adoção, em G, de um caminho não contemplado pelo legislador, aliado ao fato de alguns ordenamentos jurídicos, como o alemão, empregarem “(...) a analogia para os casos de abuso de formas jurídicas”, deve ser colocado ao lado do fato de que nem toda capacidade contributiva deve ser objeto de tributação, sendo possível se entender a previsão de competência residual como argumento suficiente para se compreender que a “(...) repartição de competências tributárias deixou uma série de situações de

lado”. De outro lado, deve-se acentuar que a legalidade “(...) não esgota (...) o campo reservado à competência do ente tributante”, que poderá escolher quais fatos da vida serão geradores de tributos.

(...) Outra estratégia de abordagem aventada pela doutrina é entender o negócio jurídico indireto como aquele desprovido de causa jurídica. Neste caso, o caráter indireto do negócio resultaria “(...) da aplicação oblíqua, anômala ou inusual da função típica (causa abstrata) de terminado tipo negocial para a obtenção de um escopo socioeconômico (causa concreta) que não lhe é trivial”.⁴⁷² Contudo, dois pontos transparecem desta constatação: (i) em primeiro lugar, é possível que o negócio praticado seja “(...) válido e eficaz se a causa abstrata do negócio típico (...) for respeitada e servir de meio adequado para a realização da causa concreta”, o que implicaria um negócio jurídico indireto não necessariamente patológico. Fábio Piovesan Bozza oferta, como exemplo, o contrato de compra e venda com pacto de retrovenda de imóvel utilizado como garantia. Por outro lado, se abandonada a causa, utilizando-se este mesmo contrato não mais como meio indireto de obtenção de uma garantia, mas por exemplo, para disfarçar “(...) um mútuo usurário, mediante o emprego do artifício de cobrar um preço (...) superior fundado na valorização do imóvel”,⁴⁷³ enquanto que a verdadeira razão é a cobrança de juros superiores ao permitido, então estaremos diante de outros vícios, como, neste caso, a fraude à lei. E, (ii) em segundo lugar, uma vez constatado um negócio jurídico indireto por simulação não fraudulenta, ainda que considerada a desconsideração do negócio praticado, a tributação continuará a recair sobre a finalidade econômica, o que implica, ainda, a integração analógica gravosa.

Parece-nos, portanto, que, **diante de um quadro de ausência de direito posto a respeito da tributação de negócios jurídicos de acordo com a sua finalidade econômica, não é possível se proceder à aplicação da analogia gravosa, seja com base na segurança jurídica, seja por decorrência da vedação do Código Tributário Nacional**. Por outro lado, como exercício de lege ferenda, não nos parece possível a via da proibição de resultado equivalente, apta a invalidar a opção de meios alternativos para a realização de negócios jurídicos, parecendo-nos menos problemática, em princípio, a possibilidade extraordinária da analogia viabilizadora de incidência tributária em casos excepcionalíssimos, o que, no ordenamento brasileiro atual, não é uma realidade e que, para ser criada, precisaria obedecer a critérios aptos a evitar a consideração de qualquer caso como “muito similar” a outro, tido como fato gerador de algum tributo, além de aspectos formais, tendo, como mais evidente, previsão em lei complementar.

Alinhamo-nos, portanto, ao raciocínio (...) de que, **em regra, a capacidade contributiva manifestada pelo contribuinte que não pratica fato gerador típico está fora do âmbito da competência do ente tributante, ainda que o resultado econômico seja**

*equivalente àquele obtido por outro contribuinte que, para tanto, incorreu no fato gerador*² - (seleção e grifos nossos).

48. O argumento analógico para justificar a incidência do IO/Câmbio no caso das operações de compra e venda de *Treasury Bills* em território nacional entre duas empresas brasileiras não passou despercebido pelo voto condutor do Acórdão CARF nº 202-15948, conforme se extrai do trecho abaixo recortado:

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

(...)

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

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

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

49. Assim, diante da incompatibilidade entre os eventos e a hipótese prevista em lei, teria o aplicador dois caminhos: ou o da analogia, que esbarraria no muro intransponível da vedação legal, ou o da demonstração de acordo simulatório. Neste sentido, teria sido possível à autuante argumentar no sentido da existência de um negócio jurídico simulado, o que não fez. Tal figura, ademais, restou didaticamente explicitada no Acórdão CARF nº 2301-005.119, proferido em 12/09/2017, de relatoria do Conselheiro Fábio Piovesan Bozza, cujo voto é merecedor de encômios e, sobretudo, de análise pormenorizada pelas autoridades administrativas e judiciais que se voltam a tratar de planejamentos tributários pelo método de que se vale para o reconhecimento de patologias jurídicas consentâneas com as especificidades do ordenamento brasileiro, e não dispostas a um compromisso acrítico com teorias estrangeiras desenvolvidas em contextos próprios:

"A simulação retrata um vício social do negócio jurídico, e não um vício de consentimento (as partes sabem muito bem o que querem e assim agem). De maneira intencional, as partes orquestram uma ilusão negocial com a finalidade de induzir terceiros a erro. O negócio simulado, desse modo, apenas

² BRANCO, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco. Argumentação tributária de lógica substancial. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, pp. 149 a 158.

aparenta preencher os requisitos de validade do negócio jurídico, quando, na verdade, não preenche, uma vez que as partes neutralizam os efeitos típicos do ato.

*O negócio simulado apresenta uma incompatibilidade consciente e intencional entre a **causa abstrata** e a **causa concreta**. Em outras palavras, há uma dissonância grave entre a função típica do negócio selecionado e o fim concreto almejado pelas partes. É o caso de uma compra e venda publicamente declarada em que as partes intencionalmente apenas encenam o pagamento do preço.*

A prova da simulação consiste em demonstrar que o negócio jurídico em discussão é mera aparência ou dissimula uma relação jurídica de natureza diversa. Para tanto, é necessário provar uma situação fática existente, só que divergente da realidade da declaração, do negócio ou do sujeito dissimulado.

*O ideal é demonstrar a existência do **acordo simulatório** (causa simulandi) a fim de descortinar a cooperação entre os simuladores para a realização da maliciosa preordenação de uma aparência diversa da realidade. Tal tarefa, no entanto, não se apresenta de fácil execução, já que raras vezes essa prova será direta e estará consubstanciada num documento em que aflore claramente a intenção dos simuladores de enganar terceiros por meio de um negócio aparente.*

*Por esse motivo, a simulação costuma ser provada pelo comportamento concludente das partes (ou seja, a atitude do agente que permite concluir acerca da respectiva intenção e dos efeitos jurídicos perseguidos). E isso geralmente acontece mediante a reunião de **indícios**.*

A produção de prova indireta deve ser baseada na existência de outros fatos (indícios) que, por indução lógica, levam à conclusão sobre a ocorrência do fato principal. A natureza da prova indireta, entretanto, sujeita a diferentes graus de crença. Por isso, o quadro de indícios deve ser preciso, grave e harmônico, isto é:

(a) preciso: o fato controvertido deve ter ligação direta com o fato conhecido, podendo dele extrair consequências claras e efetivamente possíveis, a ponto de rechaçar outras possíveis soluções;

(b) grave: resultante de uma forte probabilidade e capacidade de induzir à persuasão; e

(c) harmônico: com os indícios concordantes entre si e não contraditórios, os quais convergem para a mesma solução, de modo a aumentar o grau de confirmação lógica sobre uma dada ilação.

50. Não se trata, portanto, da defesa incontida do planejamento tributário, o que redundaria em visão puramente formalista, mas de uma postura muito mais ampla: aquela comprometida com a fundamentação das decisões. Assim, é possível a requalificação do fato gerador quando reconhecida a simulação, mesmo com a reconstrução meramente indiciária dos eventos. Contudo, os pressupostos de fato e de direito devem estar demonstrados pela autoridade administrativa para tornarem juridicamente sólido o lançamento:

"Em nenhum dos acórdãos analisados, mesmo nos votos divergentes, obistou-se a requalificação do fato gerador quando reconhecida a simulação com base nestes argumentos. E se observe que não se trata de uma visão formalista, pois bastaria uma referência, por exemplo, ao art. 167 do Código Civil que prevê ser "(...) nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma" ou ao art. 170 do mesmo diploma. Em termos simples, o que se pretende demonstrar é que, ainda que o julgador incorpore uma visão solidária no plano de suas garantias, não poderá se furtar a demonstrar o fundamento remoto de sua alegação, sob pena de invalidade.

(...) Tais considerações fazem parte do debate democrático e os aplicadores serão livres para expor as suas convicções, desde a fundamentem, sob pena de desviar a própria prática argumentativa da qual participam, e o modelo é apto, assim, a tornar ainda mais evidentes as robustas tensões envolvidas entre os apoios e as garantias. Ademais, um modelo voltado para o esclarecimento parece ser bem-vindo como forma de decompor os elementos estruturais de um topos problemático como é o da coibição de abusos, sobretudo quanto aos seus fundamentos"³ - (seleção e grifos nossos).

51. A expressa preferência da autoridade fiscal pelo caminho de demonstrar exclusivamente que de fato ocorreu o fato gerador, ou algo análogo a ele que poderia ser igualmente objeto da tributação pelo IOF, impede a requalificação dos fundamentos da acusação fiscal por impossibilidade de alteração dos critérios jurídicos do lançamento decorrente da constatação de erro de direito, em conformidade com o art. 146 do Código Tributário Nacional e com a proteção da confiança sobre os quais já escrevemos em outras oportunidades.⁴

52. Observa-se, ademais, que introduzir neste momento processual de segunda instância administrativa, depois da interposição de impugnação, recurso voluntário e, inclusive, recurso especial para a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), acusação nova, como a de negócio jurídico simulado, implicaria claro cerceamento de defesa contra a contribuinte que, até o presente momento, defendeu-se do conteúdo da acusação emergente do

³ BRANCO, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco. Argumentação tributária de lógica substancial. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, pp. 202.

⁴ Acórdão CARF nº 3401-003.290, proferido em 17/02/2017, de minha relatoria. Ementa: "IMPORTAÇÃO. PENA DE PERDIMENTO. CONVERSÃO EM MULTA. EMBARCAÇÃO NÃO PROCEDENTE DO EXTERIOR OU A ELE DESTINADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CARÊNCIA PROBATÓRIA. DESPACHO DECISÓRIO PRÉVIO. DEVER DE COERÊNCIA ("NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM"). PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. Diante da ausência de elementos caracterizadores da infração, a Administração entendeu no caso concreto pela atipicidade da conduta em virtude da ausência de provas indicativas de que as embarcações seriam procedentes do exterior ou a ele destinado (art. 104 do Decreto-Lei nº 37/66). Dever de coerência e proteção da confiança ("nemo potest venire contra factum proprium"), devendo ser afastada a multa imposta".

auto de infração, ou seja: a prática do fato gerador do IOF sobre operações de câmbio. Ademais, qual seria a teoria eleita por este colegiado para refazer o lançamento, se assim não escolheu a autoridade fiscal ao cerzir o lançamento? Diante de uma norma antielisiva específica (SAAR), seria necessário ao aplicador que se aventurar a inovar a fundamentação do auto também se comprometer com uma construção específica: entenderá ele haver uma regra geral (GAAR) no parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional? Em caso positivo, que esta regra se encontra regulada pela lei do processo administrativo em geral? Preferirá adotar, ao contrário, o abuso de direito? O abuso do direito? O abuso de formas? O negócio jurídico indireto? A fraude à lei? Entenderá estar diante de uma elusão? Ou preferirá silenciar a respeito do fundamento que permite tornar a operação inoponível ao Fisco, sujeitando, assim, a sua decisão a posterior controle de legalidade por parte da Câmara Superior ou do Poder Judiciário? Como facilmente se percebe, é perigoso o caminho refundacional do lançamento, pois milita em desapeço à devolutividade da matéria sujeita à cognição da turma e é desleal tanto com a defesa como com as instâncias pregressas, cujo conteúdo jurisdicional é simplesmente suprimido: tais argumentos até o presente momento não foram submetidos ao contraditório e não podem ser invocados como forma de relançar o tributo sob nova roupagem.

53. Merecem reprovação, ainda, as afirmações realizadas pela autuante desacompanhadas de conteúdo probatório, ou baseada em ilações ou conjecturas de lógica *per saltum* defesas ao aplicador, que, na prática, cria a presunção da existência de simulação, contra a contribuinte, em uma evidente inversão da distribuição do *onus probandi*, o que ocorre, por exemplo, ao afirmar que os *Treasury Bills* eram negociados pelo banco uruguaio, pela recorrente e pelo GRUPO PARMALAT "*possivelmente num mesmo horário, todos os interessados reunidos numa mesma sala*". Cogita, ainda, sem maior cuidado em demonstrar a fonte de suas conclusões que "*(...) se essas operações fossem realmente sérias (sic) (...) não haveria sequer tempo para a troca de titularidades em Nova York*". Em nenhum momento demonstra os depósitos bancários de dólares "*(...) em uma conta no exterior*" ou a intenção de ocultamento, como ocorre na frase: "*(...) nos momentos em que a operação revela a sua verdadeira natureza cambial, aí sim o dinheiro aparece: os mútuos arranjados com vinculada (...) cedem espaço a depósitos bancários, de reais no Brasil, e de dólares, em uma conta no Exterior*". Tampouco demonstra a sua asserção no sentido de provar que o CRÉDIT LYONNAIS (Uruguay) pratica "*(...) remessa clandestina de dólares para qualquer lugar fora do país do interesse do último vendedor*", ou que a quantia correspondente em dólares se torna instantaneamente disponível para quem efetua a venda ao banco uruguaio.

54. Tais afirmações, despidas de provas, não se coadunam com os predicados preceituados pelo art. 37 da Constituição da República de 1988, entre os quais destacamos o da publicidade, ou do dever de fundamentação corporificado em diversos momentos do ordenamento, como, *e.g.*, no art. 31 do Decreto nº 70.235/1970 ou no art. 489 da Lei nº 13.105/2015 ("novo" Código de Processo Civil) e criam presunções em desfavor da recorrente, invertendo indevidamente o ônus probatório. Neste sentido, de que **a simulação não pode ser presumida**, mas deve ser devidamente comprovada, sobretudo ao se ter em vista a gravidade dos efeitos jurídicos decorrentes de seu reconhecimento, já decidiu esta turma, por unanimidade de votos, no Acórdão CARF nº 3401-003.266, de relatoria do Conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2008

*PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO.
SUBFATURAMENTO. ÔNUS DA PROVA.*

A acusação de subfaturamento nas operações comerciais não pode ser presumida, devendo ser efetivamente comprovada, não bastando a indicação de meros indícios ou do fato de haver interdependência entre comprador e vendedor para descaracterizar o valor da fatura comercial.

55. O recurso voluntário interposto merece provimento em virtude de que: **(i)** a operação de aquisição de títulos da dívida pública norte-americana seguida da revenda a empresa brasileira com pagamento à vista em reais, ainda que sem registro no Banco Central do Brasil, não configura o fato gerador do IOF sobre operações de câmbio; **(ii)** é vedada a aplicação da analogia gravosa na forma do §1º do art. 108 do Código Tributário Nacional; **(iii)** a inexistência da acusação de negócio jurídico simulado no auto de infração torna defeso o seu reconhecimento em sede recursal, sendo defeso a este colegiado inovar a fundamentação do lançamento; e **(iv)** ainda que se vislumbresse, no presente caso, o fator gerador do IOF sobre operações de câmbio, o que não ocorre, não haveria de se falar em operação cambial ilegítima, em virtude de não ser da competência da Receita Federal, mas da autoridade monetária, a verificação do cumprimento das normas relativas ao registro de operações que envolvam a entrada e saída de recursos financeiros do país, cabendo à Administração Tributária somente analisar a ocorrência de fato gerador de tributo e promover o cumprimento das obrigações tributárias dele decorrentes.

Assim, pelos fundamentos acima expostos, voto por conhecer e dar integral provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Leonardo Ogassawara De Araújo Branco - Relator

Voto Vencedor

Robson José Bayerl, Redator designado

Com as vênias de estilo, em que pese o bem fundamentado voto apresentado pelo i. Relator, dirijo das conclusões estampadas, pelas razões que passo enumerar.

Como bem destacado pelo voto vencido, consoante art. 63 do Código Tributário Nacional e art. 11 do Decreto nº 6.306/2007, lá reproduzidos, a hipótese de incidência do IOF, modalidade câmbio, é, além da entrega de moeda estrangeira, em espécie, também a entrega de **documento que a represente**, na exata expressão constante dos dispositivos em comento.

No caso vertente, a autuação alcançou operações realizadas com “*United States Treasury Bills*”, cotidianamente chamados *T-Bills*, títulos da dívida externa norte-americana, claramente documentos representativos de moeda estrangeira, o que infalivelmente atrai a incidência do imposto em epígrafe.

Então, distintamente do que entendeu o Relator, não só a troca de moedas acarreta a incidência do IOF-Câmbio, mas também operações envolvendo documentos representativos desses valores, razão porque devido o tributo.

Antecipando debate acerca da competência da RFB para se manifestar sobre aspectos técnicos de operações cambiais, ainda que entenda possível a análise de elementos relativos às obrigações tributárias daí decorrentes, como decidido no Acórdão nº 3401-01.686 (20/01/2012), trago a colação informações prestadas pelo Banco Central do Brasil, órgão responsável pelo controle de fluxos de capitais estrangeiros, sobre transações com *T-Bills*, no bojo do processo judicial nº 0000987-59.2004.403.6181, 6ª Vara Criminal da Justiça Federal de São Paulo, TRF 3ª Região, em circunstâncias análogas àquelas verificadas neste feito administrativo, conforme noticiado no voto condutor do Acórdão 9303-001.805, de 31/01/2012:

“[...] 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 à 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 aufera 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 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 20 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 transitam 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, 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".

Dessa manifestação oficial do Banco Central do Brasil, alguns pontos devem ser acentuados, porque importantes à situação dos autos: i) os *T-Bills* são títulos representativos de moeda; ii) operações com *T-Bills* devem ser controlados pelo Banco Central do Brasil e realizadas nos moldes por ele determinados, inclusive com intermediação de instituição financeira autorizada a operar câmbio; e, iii) as operações estruturadas na forma dos autos (*blue chip swap*) caracterizam operações cambiais ilegítimas.

Então, fixada a incidência de IOF-Câmbio sobre as operações com *T-Bills* arroladas no presente processo, tem-se que o fato gerador, *in casu*, verifica-se na tradição do referido documento, assim considerada a liquidação da operação pela entrega da cártula.

A sujeição passiva, mormente a responsabilidade por retenção, no caso dos autos, sofre ligeira inflexão, considerando tratar-se de operação atípica, não viabilizada por instituição financeira componente do sistema oficial nacional, além de não envolver moeda, mas títulos representativos de valores.

Tomado o fato jurídico tributável como a tradição dos *T-Bills*, a partir do quadro de fl. 13 do voto vencido, tem-se que nas operações de nºs 1 a 7, especificamente,

haveria duas operações distintas sujeitas ao IOF-Câmbio, a saber: i) a primeira, firmada entre Parmalat Participações e a instituição bancária estrangeira (Crédit Lyonnais Uruguay S/A), onde o contribuinte seria a Parmalat, pelo recebimento dos títulos na qualidade de adquirente; e, ii) uma segunda, verificada entre Parmalat Participações e Andrade Gutierrez (autuada), figurando essa última como contribuinte.

Sob essa ótica, diversamente do eminente Relator, não vislumbro ausência de suporte fático, uma vez que a operação efetivamente tributada pelo lançamento é justamente a segunda, acima relatada, entre a Parmalat Participações e a Andrade Gutierrez, e não a primeira, como entendeu o voto vencido, haja vista que, sem sombra de dúvida, houve liquidação da operação pela entrega dos *T-Bills*, título representativo de moeda, às margens do Sistema Financeiro Nacional – SFN, sendo devido o tributo, mesmo que inexistente transferência financeira para o exterior, dada a peculiar natureza da transação.

Concernente às demais operações, nºs 8 e 9 do mencionado quadro, na linha intelectual do voto vencido, nenhuma inconsistência se verificaria, porquanto, sendo o autuado o primeiro adquirente dos títulos, diretamente da instituição financeira estrangeira, haveria entrega de título representativo de moeda e transferência financeira correspondente àquela entidade, com conseqüente incidência do imposto.

Nesse diapasão, raciocinar de modo diverso – que não haveria incidência tributária nas transações internas com *T-Bills* entre particulares – conduziria ao estranho cenário onde esses títulos poderiam circular e ser transacionados livremente no país, sem qualquer controle do Banco Central do Brasil, em operações cambiais às margens do SFN, sem recolhimento do IOF, pela singela alegação que, não havendo remessa de divisas ao exterior, não haveria câmbio e, de quebra, incidência tributária, o que, a meu ver, não se compagina com as normas de regência da matéria, sejam elas cambiais ou tributárias.

Tocante à definição da base de cálculo para as operações ora tratadas, nos moldes até aqui delineados, o custo de aquisição dos títulos bem reflete a quantificação da operação objeto de lançamento, coadunando-se com o entendimento até aqui exposto, segundo o qual, nas operações internas, entre Parmalat Participações e o autuado haveria incidência do IOF-Câmbio, ainda que ausentes transferências financeiras para o exterior, considerando a liquidação da operação pela transferência dos aludidos títulos, nas operações de compra, não se podendo perder de vista que todas as transações ocorriam no mesmo dia.

Por essa razão, inclusive, acertado o descarte das operações de revenda dos títulos à instituição financeira estrangeira, haja vista que, nessas situações, o pretenso contribuinte não atenderia ao critério espacial da regra matriz de incidência, encontrando-se fora do território do ente tributante.

O universo de operações abrangido pelo lançamento alcança apenas as transações em que Andrade Gutierrez, autuado, figura na posição de adquirente dos títulos representativos de moeda estrangeira, seja quando a compra se faz pela Parmalat Participações, seja diretamente do Crédit Lyonnais Uruguay S/A, de maneira que, sob esse prisma, correta a base de apuração indicada pelas autoridades fiscais.

Atinente ao aspecto temporal da exação, também aqui o exame deve ser feito *cum grano salis*, eis que se cuida de operação não usual, atípica e, como reconhecida pela autoridade cambial, operação de câmbio ilegítima, o que se traduz na definição do momento de ocorrência do fato gerador como a liquidação da operação de câmbio, assim entendida a tradição do título representativo de moeda – *T-Bill* – e não o “fechamento do câmbio”, que nessa operações inexistente, mesmo porque os títulos em destaque não necessariamente são

Processo nº 16327.002111/2005-21
Acórdão n.º 3401-004.436

S3-C4T1
Fl. 974

convertidos em moeda ato contínuo à realização do negócio jurídico, principalmente por se tratar de títulos da dívida norte-americana de elevada solvabilidade, como atestado pela manifestação do Banco Central do Brasil, adrede transcrita.

Por conseguinte, a simples tradição documental, pela sua transferência ao adquirente contra pagamento em moeda nacional, ainda que sujeito a sucessivas operações de compra-venda posteriores, como neste processo, configura o critério temporal da incidência do tributo.

Aliás, os próprios intervenientes reconheciam essa situação jurídica, ao promover a liquidação da operação mediante emissão de documento próprio, com clara referência à “liquidação de operação de *Treasure Bills*”, como se extrai da peça de fl. 36 dos autos:

São Paulo, 23 de Março de 2000

A
CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S.A
At. Sr José Augusto Carneiro

Ref: liquidação de operação de treasury bills

Vimos através desta confirmar que no dia 23 de março de 2000, recebemos da empresa **Construtora Andrade Gutierrez** o cheque administrativo emitido pelo banco BBA no valor de R\$ 10.100.000,00 (dez milhões e cem mil reais), como forma de pagamento pela venda de títulos do tesouro norte-americanos (treasury bills).

Atenciosamente

Maria Nereide
CPF 000.000.000-00
PARALAT PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA
Antonio Sidnei
CPF 000.000.000-00

Menciona o voto vencido, ainda, à existência de ação penal (1921-55.2012.4.01.3800), tramitada na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais – TRF 1ª Região, que absolveu os envolvidos, pessoas físicas, da prática de crimes cambiais decorrentes das operações autuadas, o que, em tese, implicaria a improcedência da acusação fiscal, segundo ilação do i. Relator. Todavia, não se pode olvidar que as esferas penal (judicial) e administrativa são independentes, não havendo vinculação direta entre ambas, especialmente para o fim de submeter a segunda à conclusão da primeira, ante o princípio da unidade de jurisdição, ao passo que, mesmo em se tratando dos mesmos suportes fáticos, dita absolvição não se deu por inatipicidade da conduta descrita na denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, mas sim pela ausência de culpabilidade, pelo reconhecimento do erro sobre a ilicitude do fato, o que de modo algum afasta a incidência do tributo porventura devido, *ex vi* do art. 136 do Código Tributário Nacional:

“Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, 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.”

A absolvição dos acusados pela ausência de culpabilidade não implica, de modo algum, reconhecer a ausência de suporte fático para incidência do IOF-Câmbio, como predica o voto vencido, como reforço de argumentação, uma vez que essa inferência vai de encontro às disposições do indigitado art. 136 do CTN.

Demais disso, há notícias de outras ações penais, inclusive aquela mencionada alhures, onde os envolvidos foram condenados pelo crime cambial, em operações similares, o que só corrobora a impossibilidade de tornar insubsistente a autuação pela singela aplicação do resultado da ação judicial específica, como pretendido pelo recorrente.

Respeitante à qualificação da multa, entendo cabível à situação *sub examine*, eis que, nada obstante a efetiva realização das operações com documentos legítimos representativos de moeda, a roupagem conferida à transação denota a pretensão de camuflar uma operação de câmbio, o que se constata pelos detalhes inexplicados desses negócios, como a falta de comprovação dos pagamentos pelos *T-Bills* ao banco Crédit Lyonnais Uruguay S/A (item 14 da autuação) ou mesmo a comprovação dos pagamentos pela primeira aquisição, por parte da Parmalat Participações, supostamente realizados através de contratos de mútuo entre empresas vinculadas, onde o mesmo signatário representa adquirente e vendedor dos títulos (item 17); ilegitimidade desse tipo de operação, como reconhece o Banco Central do Brasil; e a efêmera titularidade desses documentos, geralmente 01 (um) dia, o que revelaria ausência de propósito negocial, o que, em minha concepção, caracteriza uma simulação de compra/venda de títulos da dívida norte-americana para dissimulação de operação de câmbio, seja qual for o objetivo das partes nessa negociação.

Nesse ponto abro umparêntese para enfrentar a alegação do recorrente que, reduzida a zero a alíquota do IOF sobre as operações de câmbio, não haveria necessidade de simular qualquer transação dessa natureza, o que, por sua vez, afastaria o intuito doloso.

De fato, o art. 14, § 2º do Decreto nº 2.219/97 promoveu a redução de alíquota do imposto nas transferências financeiras do ou para o exterior, no entanto, boa parte das operações realizou-se internamente, onde não haveria remessa de divisas e, nessa condição, não haveria redução de alíquota, além do que, o art. 15 do mesmo decreto dispunha que o descumprimento ou a falta de comprovação das condições sujeitaria a operação à tributação normal.

De todo jeito, deve-se ter em mente que essas transações, na forma como realizadas, foram qualificadas pelo Banco Central do Brasil como ilegítimas ou atípicas, eis que realizadas fora do Sistema Financeiro Nacional, o que, diante do quadro descortinado, aponta para a correção da desconsideração da alíquota zero, com lastro no art. 15 do Decreto nº 2.219/97.

Em consequência, caracterizada hipótese de perda do direito à alíquota zero, com emprego de artifício simulatório – negócios com *T-Bills* para dissimulação de operações de câmbio às margens do sistema oficial – resta delineada a figura da “fraude”, tal qual conceituada no art. 73 da Lei nº 4.502/64, porquanto tencionou o contribuinte a modificação de características essenciais do fato gerador, com realização de negócio simulado, visando a evasão ou o diferimento do recolhimento do tributo, o que redundará na aplicação da multa qualificada, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Outrossim, diversamente do que concluiu o i. Relator, não vislumbro que a fiscalização tenha reconhecido a inexistência de “fraude”, a partir da leitura do parágrafo 11 do relatório de autuação, pois a remissão ao termo não o foi em seu sentido técnico, segundo o art. 73 da Lei nº 4.502/64, mas sentido genérico, como sinônimo de farsa, ainda assim, a farsa seria da **existência** das operações em si, o que nem de longe significa que não teria havido fraude pela simulação negocial, como exposto, mesmo porque seria contraditório com a inflição da multa qualificada, como ocorrido.

Por oportuno, cumpre acentuar que o fato do relatório não utilizar o termo “simulação” queira significar que o emprego de estratagemas não tenha sido detectado, bastando para tanto perscrutar o raciocínio lá desenvolvido para concluir pela sua verificação, como evidencia o emprego do vocábulo “artifício”, no claro sentido de “simulação” (fl. 171), *verbis*:

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.

Essa inferência espanca qualquer possibilidade de enxergar o emprego de analogia com o móvel de exigir tributo, em violação ao art. 108 do Código Tributário Nacional, mas a cristalina imputação da realização de negócios simulados com a finalidade de modificar características essenciais do fato imponible e evadir-se da incidência tributária, como já asseverado.

Na mesma toada, improcedente a alegação de inovação da acusação fiscal, pela referência ao denominado “negócio jurídico simulado”, pois desde o início as autoridades fiscais atribuíram ao autuado a prática de operações dessa natureza, ainda que não tenham utilizado o específico termo “simulação”, como demonstrado linhas atrás.

Por seu turno, o reconhecimento da efetiva existência dos títulos (*T-Bills*) e mesmo a sua contabilização nos registros contábeis da pessoa jurídica autuada não militam em favor da ausência do intuito doloso, eis que a fraude não residiria na omissão das transações, mas na arquitetura do negócio realizado, onde claramente não se divisa uma operação com título representativo de moeda, como objeto negocial, não havendo qualquer interesse específico nesses documentos, tanto assim que as transações eram liquidadas na mesma data, mas serviram, isso sim, à instrumentalização de uma troca de moedas, operação de câmbio, fora do alcance e conhecimento do Banco Central do Brasil.

Tomando por empréstimo palavras do próprio recorrente, entendo que tenha, sim, utilizado de expedientes ardilosos para praticar operações ilegítimas de câmbio, encartando-se os fatos com perfeição à dicção do art. 1º do Decreto nº 23.258/33:

“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.”

Essa percepção foi captada com percuciência pelo voto condutor do Acórdão nº 3401-001.686, de 26/01/2012, em julgamento de caso análogo:

“Não se pode conceber que um Estado democrático não disponha de meios legais para vigiar e coibir o fluxo de moeda estrangeira em seu território. Essa atividade no Brasil, como se sabe, é exercida exclusivamente pelo Banco Central do Brasil, que dispõe de várias ferramentas para exercer tanto, municiando o Poder Executivo de informações para a delineação dos rumos da economia.

Dentre essas ferramentas, podemos destacar, originalmente, a Lei nº 4.131, de 1962, que, em seu artigo 3º, ‘a’, estabelecia que ‘os capitais estrangeiros que ingressarem no País sob a forma de investimento direto ou de empréstimo, quer em moeda, quer em bens’, deverão ser registrados na Superintendência da Moeda e do Crédito, órgão este, posteriormente substituído pelo Departamento de Registro e Fiscalização de Capitais Estrangeiros, que, por sua vez, passou a ser denominado de Departamento de Capitais Estrangeiros e Câmbio, sendo que suas atribuições, atualmente, foram transferidas para o Departamento de combate a Ilícitos Financeiros e Supervisão de Câmbio e Capitais Internacionais.

Na esteira de tal regulamentação, existem outras, das quais depreende-se que não só o registro do capital estrangeiro ingressado no país é obrigatório, mas, também, que antes do fechamento do contrato de câmbio, deve ser obtida uma autorização do departamento correspondente do Bacen. É o caso da Circular Bacen nº 1.504/89.

Assim, as operações de que estamos tratando, as quais, ao final das contas, caracterizaram-se pela internalização de divisas do exterior no país, foram realizadas de forma tal, que fugiram totalmente aos controles das autoridades monetárias que zelam por esse fluxo de moedas, vindas à tona somente por conta da auditoria fiscal empreendida pelos fiscais da Receita Federal do Brasil.

Por isso, a teor do disposto nos artigos 1º e 2º, do Decreto nº 23.258, de 1933, tais operações podem ser consideradas como ‘operações de câmbio ilegítimas’, visto que, tendo sido realizadas entre pessoas jurídicas, domiciliadas no país e no exterior, não transitaram pelos bancos habilitados a operar em câmbio.

Neste ponto, invoco a regra do art. 15 do Decreto nº 2.219, de 02/05/1997, segundo o qual, ‘Quando houver descumprimento ou falta de comprovação de condições, total ou parcial, de operações tributadas à alíquota zero ou reduzida, o contribuinte ficará sujeito ao pagamento do IOF, calculado a alíquota normal para a operação, acrescido de juros moratórios e multa, sem prejuízo das penalidades previstas no art. 23 da Lei nº 4.131, de 03/09/1962, alterado pelo art. 72, da Lei 9.069, de 29/06/1995’.”

No mesmo sentido o Acórdão nº 202-18.366, de 17/10/2017:

“Os T-Bills foram adquiridos no mercado interno, contra pagamento em moeda nacional, sem a intervenção do sistema bancário brasileiro autorizado a operar no mercado de câmbio. Até aqui a operação poderia se limitar à uma Operação de aquisição de ativos, como quer a recorrente. Entretanto, os recursos em moeda nacional empenhados para a aquisição de tais títulos simplesmente atravessaram a fronteira e se transmudaram em moeda estrangeira, gerando aporte financeiro para a controladora da recorrente no exterior. Qualquer que tenha sido o meio, a forma, o veículo, a estratégia (para não dizer estratagema) que tenha sido utilizado, o fato concreto e irrefutável é que efetivamente ocorreu a colocação de documento representativo de moeda estrangeira à disposição da recorrente em montante equivalente à moeda nacional que entregou.

Esse tipo de operação, como sobejamente já foi aludido nos fundamentos da autuação e do acórdão de primeira instância, poderia ter-se realizado na forma prescrita em lei, qual seja, por meio do sistema bancário brasileiro autorizado a operar no trânsito de moedas entre o Brasil e o exterior, ou simplesmente nas operações que envolvam a recíproca colocação à disposição de moedas diferentes pelos contratantes. Reforço aqui o fato de os títulos se encontrarem custodiados no exterior.

No entanto não é esta a constatação da fiscalização. Toda a operação ocorreu entre particulares sediados no país sob intervenção de sistema bancário alienígena.

A operação como realizada, mesmo que se obtemperasse aos argumentos da recorrente quanto à inexistência de simulação, fraude, conluio e sonegação, está cristalinamente identificada como operação ilegítima 'pelos regas dos arts. 1º 2º e 22 do Decreto nº 23.258, de 19/10/1933:

(...)

Portanto, todas as operações com os T-Bills, desde a aquisição da titularidade junto ao Crédit Lyonnais Uruguay S/A até a transferência da titularidade para a controladora no exterior, realizadas sem a tutela legal de um banco brasileiro habilitado a operar nas operações que envolvam ingresso ou saída de recursos financeiros, 'importaram em violação dos ditames legais.' ”

Por derradeiro, quanto à tese de inobservância do princípio da tipicidade cerrada, veiculada no voluntário, não a verifico, porque a incidência do IOF-Câmbio sobre

operações com títulos representativos de moeda está prevista no art. 63 do Código Tributário Nacional e no Decreto nº 2.219/97.

Ante a peculiaridade das operações realizadas, como tratado alhures, não entendo como condição *sine qua non* a necessidade de ingresso ou saída de moeda estrangeira no país no caso de negociação de títulos representativos de moeda, isso porque todos os dispositivos citados pelo recorrente albergam exclusivamente a troca de moedas, sendo inaplicáveis aos títulos representativos de valores, que possuem características especiais.

Demais disso, pela forma não usual em que esse negócios foram entabulados, sem qualquer intermediação de instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil e às margens de qualquer controle, mesmo naquelas situações em que os títulos foram transacionados entre particulares, como a Parmalat Participações e o autuado, há incidência do imposto.

Já os critérios da regra matriz de incidência tributária – material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo –, foram examinados ao longo dessa exposição.

Em face de todo o acima exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário, mantendo integralmente o lançamento.

(assinado digitalmente)

Robson José Bayerl - Redator Designado