



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

Processo nº 16327.720417/2012-91
Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9303-005.840 – 3ª Turma
Sessão de 17 de outubro de 2017
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - IOF
Recorrentes BANCO VOLKSWAGEN S/A
FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 18/04/2007

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. INVESTIMENTO EXTERNO DIRETO. DESCARACTERIZAÇÃO. REQUALIFICAÇÃO FÁTICA. MÚTUO.

A formalização de reorganização societária em que não exista motivação outra que não a criação artificial de condições para auferimento de vantagens tributárias é inoponível à Fazenda Pública. No bojo do arranjo societário sem propósito negocial, resta descaracterizada a operação de internação de divisas sob o título de “investimento externo direto” marcada pela falta de intenção de permanência ou de aquisição de controle/influência sobre a investida.

Desqualificada a operação pretendida pela contribuinte, acata-se a requalificação feita pela autoridade fiscal como mútuo entre pessoas jurídicas, uma vez demonstrada a disponibilização dos recursos necessários para acobertar as operações societárias e que, ao final delas, retornou à fonte no exterior.

IOF. MÚTUO. INCIDÊNCIA.

Correta a exigência do IOF se restar devidamente demonstrado, a partir de elementos carreados aos autos, que a intenção das partes envolvidas era a realização de contrato de mútuo de recursos financeiros.

IOF. ALÍQUOTA. CONDIÇÕES.

As alíquotas do IOF são escalonadas, a partir de uma alíquota geral, em função do tipo de operação praticada. Não obstante, a aplicação de alíquota reduzida está condicionada ao cumprimento das condições estabelecidas pela legislação. Demonstrada a existência de irregularidades nas operações, correta a restauração da alíquota ao patamar geral.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 18/04/2007

ENTRADA E SAÍDA DE DIVISAS DO PAÍS. BACEN. REFLEXOS TRIBUTÁRIOS. COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA.

Embora o controle sobre a entrada e a saída de divisas do país tenha sido atribuída ao Bacen, a verificação dos reflexos tributários dessas operações é da competência da Administração Fazendária.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

A demonstração do ato fraudulento deve ser cabal e não pode derivar de um raciocínio de probabilidade ou de experiência do aplicador da lei.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 18/04/2007

IOF. MATÉRIA. COMPETÊNCIA. 3ª SEÇÃO DE JULGAMENTO.

A 3ª Seção de Julgamento do CARF é competente para processar e julgar os recursos voluntários de decisão de 1ª instância que versem sobre a aplicação da legislação referente ao IOF, conforme disposição contida expressamente no RICARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, em negar-lhe provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Tatiana Midori Migiyama, Demes Brito e Vanessa Marini Cecconello, que lhe deram provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Tatiana Midori Migiyama.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

Andrada Márcio Canuto Natal - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Charles Mayer de Castro Souza, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Valcir Gassen e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência apresentado pela Fazenda Nacional e pelo contribuinte, com fundamento no art. 67, do anexo II, do antigo regimento interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, em face do Acórdão nº 3202-001.351, de 15/10/2014, o qual possui a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA - CPMF

Data do fato gerador: 18/04/2007

IOF. MÚTUO. INCIDÊNCIA.

Correta a exigência do IOF se restar devidamente demonstrado, a partir de elementos carreados aos autos, que a intenção das partes envolvidas era a realização de contrato de mútuo de recursos financeiros.

IOF. ALÍQUOTA. CONDIÇÕES.

As alíquotas do IOF são escalonadas, a partir de uma alíquota geral, em função do tipo de operação praticada. Não obstante, a aplicação de alíquota reduzida está condicionada ao cumprimento das condições estabelecidas pela legislação. Demonstrada a existência de irregularidades nas operações, correta a restauração da alíquota ao patamar geral.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 18/04/2007

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE.

A demonstração do ato fraudulento deve ser cabal e não pode derivar de um raciocínio de probabilidade ou de experiência do aplicador da lei.

JUROS DE MORA. MULTA DE OFÍCIO.

É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 18/04/2007

*ENTRADA E SAÍDA DE DIVISAS DO PAÍS. BACEN.
REFLEXOS TRIBUTÁRIOS. COMPETÊNCIA DA
ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA.*

Embora o controle sobre a entrada e a saída de divisas do país tenha sido atribuída ao Bacen, a verificação dos reflexos tributários dessas operações é da competência da Administração Fazendária.

Recurso Voluntário provido em parte.

Trata-se de Auto de Infração do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros que constituiu o crédito tributário total de R\$ 550.309.093,30, somados o principal, multa de ofício qualificada e juros de mora calculados até 30/04/2012.

O contribuinte participou de uma série de operações financeiras/contábeis, envolvendo reorganização societária engendrada pelo Grupo Volkswagen, envolvendo empresas alemãs e nacionais, que resultou em aportes de recursos estrangeiros de empresas ligadas, no montante aproximado de R\$ 727.000.000,00 que foram remetidos ao Brasil sob o argumento de que tratava-se de IED - Investimento Estrangeiro Direto - para aumento de capital social de uma das empresas do grupo. Porém a fiscalização desconstruindo o suporte econômico da operação, entendeu que tratava-se na verdade de empréstimo externo realizado para possibilitar a criação de ágio interno para reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, os quais foram objetos de lançamento no processo administrativo 16327.720416/2012-47. Abrindo um parênteses, este processo do IRPJ e da CSLL foi julgado pela turma ordinária do CARF que manteve a acusação no seguinte sentido: "O conjunto dos elementos de prova dos autos indicam que as operações societárias não possuem propósito negocial e foram estruturadas com o objetivo de obter vantagens tributárias." Quanto a multa qualificada: "MULTA QUALIFICADA. DÚVIDA SOBRE A GRADUAÇÃO. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO ACUSADO." Importante registrar que pende de julgamento na 1ª Turma da CSRF somente o RE da PFN, pois o contribuinte não apresentou RE da parte que ficou vencido. Portanto em âmbito administrativo, transitou em julgado, e confirmou-se a acusação de que as operações societárias não possuíam propósito negocial.

Assim a fiscalização entendeu que ao invés de IED, o que houve foi uma operação de empréstimo para dar suporte às operações societárias com intuito de geração de ágio interno. Nesse sentido efetuou o lançamento tributário para exigência do IOF de que cuida o presente processo.

Para uma melhor visualização dos fatos ocorridos, transcrevo abaixo excertos de parte do relatório da decisão recorrida:

(...)

Segundo informado pela contribuinte, a reestruturação do grupo teria por escopo a transferência do controle das empresas que atuam na área financeira para acionista no exterior. No caso da autuada, as operações envolvendo a incorporação da Volkswagen Leasing S.A. motivaram a auditoria e o lançamento sob exame. Relata autoridade fiscal:

De especial interesse fiscal o aumento de capital verificado em 17 de abril de 2007: compulsando a documentação apresentada relativa à VWL Ata de Assembléia Geral Extraordinária de 17 de abril de 2007 se verificou que nesta data Volkswagen Financial Services Aktiengesellschaft, doravante VWFSAG, o acionista estrangeiro com sede na Alemanha e já controlador integral da VWL, conforme posição em 02 de janeiro de 2007 acima indicada, subscreveu o montante de 727.680.000 de ações ordinárias nominativas com valor unitário de R\$ 1,00, perfazendo o total de R\$ 727.680.000,00.

Este aumento de capital foi integralizado conforme contrato de câmbio de Compra Tipo 03 Transferências Financeiras do Exterior de número 07/020463 de 16 de abril de 2007, firmado junto ao UNIBANCO União de Bancos Brasileiros S.A., contrato este no valor de US\$ 357.583.020,00, equivalentes a R\$ 727.681.445,70, liquidado em 18 de abril de 2007, sendo a natureza da operação " CELP Inv. Dir. Brasil Emp no País Aumento de Capital", sendo o pagador no exterior Volkswagen Financial Services AG. O crédito do valor acima foi efetivado na conta corrente nº 1010111, agência 926 do UNIBANCO, conforme extrato apresentado.

Esta operação foi registrada no sistema de controle do Banco Central do Brasil conforme telas do SISBACEN Transação PRDE600 Investimento Estrangeiro Direto Declarante, relativas ao RDEIED: IA057068.

O valor aportado pela VWFSAG na VWL em 17 de abril de 2007 foi imediatamente provisionado pela VWL nesta mesma data, provisão esta decorrente da aquisição de participação societária no BVW, conforme Termo de Transferência nº 69 do Livro de Registro de Ações e contrato de Compra e Venda de Ações, cópia simples em inglês e autenticada em português na tradução juramentada, com fechamento da transação e do câmbio em 02 de maio de 2007, conforme contrato de câmbio de venda Tipo 04 Transferências Financeiras para o Exterior de número 07/034502 de 27 de abril de 2007, firmado junto ao UNIBANCO União de Bancos Brasileiros S.A., contrato este no valor de US\$ 357.583.020,00, equivalentes a R\$ 726.429.905,13, liquidado em 02 de maio de 2007, sendo a natureza da operação " CELP Inv.

Dir. Brasil Emp no País Transf Titularidade", sendo o recebedor no exterior Volkswagen AG.

Cabe observar que imediatamente, em 18 de abril de 2007, os recursos financeiros foram aplicados no próprio UNIBANCO, conforme extrato de "CONTA INVESTIMENTO" de número Agência 926 conta 1010111 nº documento 5155363 e 5444645, histórico "TRANSFERÊNCIA PARA INVESTIMENTO", valores de R\$ 715.558.845,37 e R\$ 12.122.600,12 respectivamente, total de R\$ 727.681.445,49.

Em 02 de maio de 2007, 14 dias após a aplicação, houve resgate, inicialmente creditado na mesma conta corrente, nº documento 0904753, histórico "TRANSFERÊNCIA DE INVESTIMENTO" no valor de R\$ 726.429.909,30 e imediatamente transferido para o mesmo UNIBANCO, agência 0926, "CONTA CORRENTE" de número 1031448 nº documento 0890110, histórico "TRANSFERÊNCIA DE INVESTIMENTO" no valor de R\$ 726.429.909,31, sendo então efetivada a remessa cambial ao exterior pela aquisição de participação acionária.

Em 14 de maio de 2007 foi debitada na conta corrente 1031448 CPMF no montante de R\$ 2.760.433,64, relativa à remessa de R\$ 726.429.909,31.

...

Em síntese, os recursos financeiros externos oriundos da Alemanha aportados pela VWFSAG na VWL em 18 de abril de 2007 foram no curto espaço de 14 (quatorze) dias repatriados à mesma Alemanha, desta vez em favor da VWAG.

rico utilizado pelo Banco Unibanco, neutralizou a apuração da CPMF sobre tal lançamento a débito, cuja exigibilidade estava suspensa à época, por medida judicial, conforme será melhor esclarecido na resposta ao próximo item."

Apresenta a seguir histórico dos lançamentos e respectiva escrituração contábil, onde se destaca que os valores recebidos do exterior em 18 de abril de 2007 foram imediatamente aplicados no mercado financeiro LTN com resgate em 02 de maio de 2007: a VWL apurou com esta operação financeira um rendimento de R\$ 3.038.136,06, lançado na conta contábil 7159020201 "Títulos Disponíveis para Venda Próprios".

(...)

2.3 Da apuração de ágio pela VWL na aquisição de participação acionária no BVW no valor de R\$ 228.336.098,32 e posterior incorporação da VWL pelo BVW com expurgo no patrimônio líquido da VWL de R\$ 535.689.440,42 mais R\$ 194.085.683,56 referentes ao investimento e ágio a amortizar que a VWL possuía no BVW em 29 de fevereiro de 2008.

2.3.1 Da compra de participação acionária e apuração do ágio 17 de abril de 2007.

...

Em apertada síntese, em 17 de abril de 2007, a VWL aumentou seu capital com aporte de recursos de seu controlador estrangeiro VWFSAG e, na mesma data, utilizou estes recursos na aquisição de 70,15% de participação societária no BVW, apurando ágio no valor de R\$ 228.336.098,32 com alegação de fundamentação em rentabilidade futura.

(...)

2.3.2. Da transferência da VWL para a VWP da participação societária no BVW em 23 de outubro de 2007.

Em 23 de outubro de 2007 o controle acionário da VWL foi transferido pela VWFSAG para a VWP, sendo que a própria VWFSAG, que já detinha seu controle passou a deter 99,9998% das cotas da VWP.

2.3.3 Da incorporação da VWL pelo BVW em 29 de fevereiro de 2008 e início de amortização do ágio.

Ato seguinte, em 29 de fevereiro de 2008 a controlada BVW incorpora sua controladora VWL, a valores contábeis com data base de avaliação em 31 de janeiro de 2008, conforme documentação societária apresentada atas de assembleias gerais extraordinárias realizadas em 29 de fevereiro de 2008 da VWL e BVW, Instrumento Particular de Protocolo e Justificação de Incorporação da VWL pelo BVW e Laudo de Avaliação da VWL em 31 de janeiro de 2008.

(...)

2.4 Do recolhimento do IOF sobre operações de câmbio.

Questionou-se ainda item 09 do Termo de Intimação Fiscal nº 05 de 05 de março de 2012 em relação ao recolhimento do Imposto sobre Operações de Crédito - IOF - modalidade Crédito e/ou Câmbio incidente sobre as operações cambiais acima descritas e através do Termo de Intimação Fiscal nº 06 de 05 de março de 2012 em relação a todas as movimentações do investimento externo da VWFSAG na VWL desde sua constituição até sua extinção.

Tendo a Fiscalizada considerado que a alíquota do IOF câmbio incidente em operações cambiais relativas a Investimento Estrangeiro Direto é igual a "zero" cabe a esta fiscalização descaracterizar este enquadramento, considerando que o correto enquadramento é a caracterização da operação como "Empréstimo de prazo inferior a 90 dias" e portanto sujeita a incidência do IOF Câmbio, conforme demonstrado a seguir.

Neste Termo de Verificação Fiscal nos ateremos tanto ao tratamento tributário a ser dispensado ao aumento de capital verificado em 17 de abril de 2007 acima indicado, como também aos demais aspectos tributários decorrentes da incorporação da VWL pelo BVW verificada em fevereiro de 2008.

O cerne da questão é a descaracterização, por falta de fundamento econômico, de toda a série de operações financeiras e societárias realizadas pelas empresas do Grupo Volkswagen no país e no exterior vinculadas entre si, conforme descrito no item 2 deste TVF, consideradas por esta fiscalização como atos de simulação com o intuito de obtenção de vantagens tributárias indevidas.

Em outras palavras, desconsidera-se não apenas o ágio apurado quando da aquisição da participação societária pela VWL no BVW, mas também o evento de aumento de capital levado a efeito na VWL por VWFSAG, a própria aquisição de participação societária e todos os atos subsequentes e a eles ligados.

(...)

3.2 Da manutenção desde o início do controle societário do BVW pelo seu controlador de fato, a empresa estrangeira VWAG.

Na reorganização societária foram realizadas operações estruturadas em sequencia para que aparentemente fosse entendido que existiu uma aquisição com ágio.

Porém, quando analisado o conjunto dos atos, identificamos que o controle acionário do BVW nunca mudou. A simulação é incontestável. A posição acionária do BVW em 13 de dezembro de 2005 já conferia à VWAG a totalidade do seu controle, conforme demonstrado no quadro a seguir:

<i>BVW</i>	<i>13/12/2005</i>
<i>VWB</i>	<i>42,64</i>
<i>VWS</i>	<i>32,23</i>
<i>VWAG</i>	<i>25,13</i>
<i>PARTICIPAÇÃO DA VWAG NA VWB = 99,99999994898%</i>	<i>42,639999978</i>
<i>PARTICIPAÇÃO DA VWAG NA VWS = 98,699161%</i>	<i>32,229830684</i>
<i>PARTICIPAÇÃO TOTAL DA VWAG NO BVW – DIRETA E INDIRETA</i>	<i>99,999830663</i>

Da mesma forma a situação em 17 de abril de 2007, data de aumento de capital da VWL:

<i>BVW</i>	<i>17/04/2007</i>
<i>VWB</i>	
<i>VWS</i>	<i>29,85</i>
<i>VWAG</i>	<i>70,15</i>
<i>PARTICIPAÇÃO DA VWAG NA VWS = 96,755941</i>	<i>29,84903105</i>
<i>PARTICIPAÇÃO TOTAL DA VWAG NO BVW – DIRETA E INDIRETA</i>	<i>99,99903105</i>

Da mesma forma a situação em 02 de maio de 2007, data de efetivação da aquisição do controle acionário do BVW:

<i>BVW</i>	<i>02/05/2007</i>
<i>VWL</i>	<i>70,15</i>
<i>VWP</i>	<i>29,85</i>
<i>PARTICIPAÇÃO DA VWAG ATRAVÉS DA VWFSAG NA VWL = 99,9999997%</i>	<i>70,1499998</i>
<i>PARTICIPAÇÃO DA VWAG NA VWP = 99,999%</i>	<i>29,8497015</i>
<i>PARTICIPAÇÃO TOTAL DA VWAG NO BVW – DIRETA E INDIRETA</i>	<i>99,9997013</i>

(...)

Da análise dos fatos se conclui que a VWFSAG, detentora de 99,9998% do capital social da VWP, que no evento de 29 de fevereiro de 2008 se tornou a controladora do BVW detendo 99,999999% de seu capital social, se caracteriza apenas como uma empresa que atende à estratégia mundial do grupo Volkswagen, uma vez integralmente subordinada à VWAG, esta sim a controladora de fato do BVW desde sempre.

A inclusão da sociedade nacional VWP na linha de controle acionário do BVW é decorrente de disposições legais do Banco

Central do Brasil, caso contrário também seria completamente desnecessária do ponto de vista econômico.

A demonstrada unicidade operacional da VWL e do BVW já existente previamente aos fatos, bem como a inclusão no processo de sociedades aparentemente distintas demonstram uma estratégia de simulação com o objetivo de conferir uma aura de propósito negocial aos eventos societários realizados.

3.4 Da ausência de propósito negocial na aquisição de participação societária no BVW pela VWL em 17 de abril de 2007.

Considerando o antes e o depois da reorganização societária fica claro a completa ausência de fundamentação econômica e propósito negocial na aquisição de participação societária no BVW pela VWL, ainda mais com apuração de ágio, tendo em vista a situação de ambas empresas pertencerem a um mesmo grupo econômico e já estarem operacionalmente integradas.

(...).

3.5 Da ausência de propósito negocial no aumento de capital da VWL pela VWFSAG em 17 de abril de 2007 Relembrando o encadeamento dos fatos, a aquisição da participação acionária no BVW pela VWL foi concomitante ao aumento de capital levado a efeito na VWL por VWFSAG.

Ora, conforme comprovado não haver propósito negocial na aquisição de participação acionária, da mesma forma sem propósito negocial o aumento de capital a ela vinculada.

Neste sentido o fato de que, independentemente de estar de acordo com os procedimentos contábeis regulamentares, 10(dez) meses após o aumento de capital da VWL o mesmo foi expurgado quando de sua incorporação pelo BVW, conforme descrito no item 2.3 deste TVF.

Em outras palavras, no curto espaço de tempo compreendido entre abril de 2007 a fevereiro de 2008, apenas 10(dez) meses, o aumento de capital se mostrou sem fundamentação econômica, ao contrário da situação de incorporações realizadas entre partes independentes, onde se esperaria que os patrimônios das duas entidades envolvidas seriam somados, sem quaisquer expurgos.

(...)

3.6 Da descaracterização do pretense aumento de capital como Investimento Estrangeiro Direto

Preliminarmente cabe ressaltar que a Fiscalizada em momento algum, apresentou o solicitado enquadramento legal que justificasse o adotado quando do pretense aumento de capital na VWL pela VWFSAG como de "Investimento Estrangeiro Direto".

Ainda que se pudesse considerar como válido o aumento de capital da VWL, demonstraremos a seguir a impossibilidade de classificá-lo como "Investimento Estrangeiro Direto", conforme exposto a seguir.

O registro do Investimento Estrangeiro Direto no Brasil é regulamentado pelo Banco Central do Brasil: sua principal característica é o fato de ser de cunho declaratório, declaração esta a ser efetuada no sistema "Registro Declaratório Eletrônico RDE".

(...)

Do arcabouço teórico acima apresentado destacam-se duas características principais indispensáveis para se identificar se uma transferência de recursos pode ser classificada como IDE, quais sejam, que a intenção do investidor seja que o investimento seja de longo prazo e que tenha por objetivo o controle e/ou influência nas decisões da sociedade investida.

Nenhum dos dois requisitos são atendidos pelo caso em análise.

3.6.1 Da intenção de permanência do investimento.

É sabidamente difícil se caracterizar de forma inequívoca "intenções", pelo que tomamos o que dispõe o item 7.1 do Parecer Normativo CST 108 de 31.12.1978, D.O.U. de 09 de Janeiro de 1979 "

Classificação de determinadas contas, na escrituração comercial, para efeitos da correção monetária de que trata o DL 1598/77" para melhor esclarecer a questão: será presumida a intenção de permanência sempre que o valor registrado no ativo circulante não for alienado até a data do balanço do período-base seguinte àquele em que tiver sido adquirido o respectivo direito (...).

...

Ora, o pretense investimento estrangeiro na VWL efetivado em abril de 2007 foi alienado mediante operações societárias intra-grupo em outubro do mesmo ano, qual seja, o aumento de capital da VWP integralizado pela VWFSAG mediante conferência de ações da VWL e posteriormente, em fevereiro de 2008, extinto quando da incorporação da VWL pelo BVW, em contradição ao pré-requisito de permanência para o enquadramento pretendido pela Fiscalizada.

3.6.2 Da influência e/ou controle nas decisões da sociedade investida Como já sobejamente demonstrado neste TVF, todos os envolvidos nos eventos aqui descritos pertencem ao mesmo grupo econômico e portanto não é aplicável este requisito ao caso em análise.

3.7 Da descaracterização do recebimento de recursos financeiros do exterior como "Investimento Estrangeiro Direto Aumento de Capital", do envio de recursos financeiros para o

exterior como "Aquisição de Participação Acionária - Transferência de Titularidade" e classificação das operações cambiais vinculadas como empréstimo.

De todo o acima exposto conclui-se como também simulada a declaração prestada no sistema RDEIED de que o pretense aumento de capital na VWL efetuado em 17 de abril de 2007 deveria ser classificado como Investimento Estrangeiro Direto.

Como corolário à pretensa operação de aquisição de participação acionária com ágio temos a pretensa operação de aumento de capital da VWL e associada a ela o recebimento e envio de recursos financeiros em igual montante de moeda estrangeira de e para o exterior, no curto espaço de tempo compreendido entre 17 de abril recebimento pelo aumento de capital e 02 de maio de 2007 envio pelo pagamento da aquisição de participação acionária cerca de apenas 14(quatorze) dias e envolvendo sociedades estrangeiras vinculadas, respectivamente VWFSAG e sua controladora VWAG.

Em outras palavras, os recursos financeiros supostamente destinados a investimento estrangeiro de longo prazo apenas "passearam" pelo Brasil na VWL e auferiram rendimentos de aplicação no mercado financeiro, tendo formalmente origem e destino final em empresas do mesmo grupo e de fato a mesma sociedade estrangeira, a VWAG.

Como já acima exposto, esta fiscalização considera a sociedade estrangeira VWFSAG mera preposta da VWAG, sendo a origem e destino dos recursos financeiros transitados pela VWL a própria sociedade estrangeira VWAG.

Como consequência de toda a argumentação aqui apresentada em relação à desconsideração do pretense aumento de capital aliada à sua impossibilidade de classificação como Investimento Estrangeiro Externo, também merece reparo a operação cambial de envio ao país em 16 de abril de 2007 conforme contrato de câmbio de Compra Tipo 03 Transferências Financeiras do Exterior de número

07/020463 de 16 de abril de 2007, firmado junto ao UNIBANCO União de Bancos Brasileiros S.A., contrato este no valor de US\$ 357.583.020,00, equivalentes a R\$ 727.681.445,70, liquidado em 18 de abril de 2007, sendo a natureza da operação "CELP Inv. Dir. Brasil Emp no País Aumento de Capital", sendo o pagador no exterior Volkswagen Financial Services AG.

O retorno destes recursos à origem se deu através de operação cambial pretensamente destinada a pagar a já desconsiderada operação de aquisição pela VWL de participação acionária no BVW, contratada em 17 de abril de 2007 e efetivada em 02 de maio de 2007, conforme contrato de câmbio de venda Tipo 04 Transferências Financeiras para o Exterior de número 07/034502 de 27 de abril de 2007, firmado junto ao UNIBANCO União de Bancos Brasileiros S.A., contrato este também no valor de US\$ 357.583.020,00, equivalentes a R\$ 726.429.905,13,

liquidado em 02 de maio de 2007, sendo a natureza da operação "CELP Inv. Dir. Brasil Emp no País Transf Titularidade", sendo o recebedor no exterior Volkswagen AG.

Os recursos financeiros em questão permaneceram no país por meros 14 (quatorze) dias, o investimento por ele representado se extinguiu em prazo inferior a um ano, o fundamento econômico pretendido demonstrou-se insubsistente, descaracterizando-se assim a classificação declaratória no RDEIED efetuada pela Fiscalizada.

Cabe observar também aparentemente sem propósito a permanência dos recursos no país por 14(dias). Uma vez que já estavam definidas as bases de negociação em dólares americanos e se poderia simultaneamente realizar as operações de venda e compra de moeda estrangeira na mesma data: sugere-se que o prazo de permanência no país destinou-se apenas a obter rendimentos financeiros mediante aplicação em títulos de renda fixa cerca de R\$ 3 milhões para a cobertura do tributo CPMF cerca de R\$ 2.7 milhões.

A questão que surge como consequência da descaracterização das operações cambiais como "Investimento Estrangeiro Direto Aumento de Capital" e "Investimento Estrangeiro Direto Transferência de Titularidade" é a definição da natureza da operação de ingresso e envio de recursos de e para o exterior, em mesmo montante em moeda estrangeira e em prazo inferior a 90 (noventa) dias.

Conforme extrato bancário UNIBANCO Agência 926 C/C 1010111 o valor em reais referente ao aporte de recursos foi creditado em 18 de abril de 2007, transferido para investimento na mesma data, investimento este que auferiu rendimentos no período e foi resgatado em 02 de maio de 2007 e creditado no UNIBANCO Agência 926 C/C 1031448 e utilizado para o retorno dos recursos ao exterior, pelo que se configura no caso em questão uma clássica operação de mútuo de coisas fungíveis, conforme definido pelo artigo 586 do Código Civil 2002:

"Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade."

Pelas razões expostas, impõe-se realizar o presente lançamento de ofício do Imposto sobre Operações de Crédito. Câmbio e Seguro ou relativa a Títulos e Valores Mobiliários IOF decorrente da caracterização das operações financeiras de câmbio como empréstimo 4. Da Infração à legislação do IOF ausência de recolhimento de IOF Câmbio sobre operações de empréstimo com prazo inferior a 90 dias Inobservância de requisitos para beneficiar-se de alíquotas reduzidas INFRAÇÃO Nº 1 4.1 Do direito aplicado Conforme exposto no item 3.7 deste TVF, a movimentação de recursos financeiros em moeda estrangeira de e para o exterior como acima descrito se configura como uma operação de empréstimo com prazo inferior a 90(noventa) dias.

...

Cabe observar que por se tratarem de operações com contrapartes no exterior a incidência do IOF se dá sobre Operações de Câmbio, conforme artigos 11 a 18 do referido Decreto.(...).

A operação caracterizada como de empréstimo com o exterior é concretizada através de duas operações cambiais: a primeira com o recebimento dos recursos do exterior e a segunda quando do envio dos recursos para o exterior, sendo que o enquadramento de ambas se dá no inciso II do artigo 14 do Decreto 4.494/2002 acima descrito.

Irrelevante no caso a existência de contratos de câmbio devidamente registrados e com anuência prévia dos órgãos de controle, pois o enquadramento administrativo incorreto da operação já se configura infração.

Investimentos estrangeiros diretos no Brasil são controlados através de sistema informatizado denominado "RDE", enquanto operações de empréstimo com o exterior são controladas através de sistema denominado "ROF", ambos operacionalizados no âmbito do SISBACEN.

...

Assim, apesar de não necessitar de autorização prévia, o registro do capital estrangeiro ingressado no País a título de empréstimo era obrigatório, devendo ser feito no momento de seu efetivo ingresso, ou seja, quando da celebração do contrato de câmbio respectivo.

Já a operação de investimento externo direto deveria se guiar pelas disposições da Circular BACEN nº 2997/2000.

Constata-se no caso que a Fiscalizada inseriu informações em desacordo com as determinações legais no registro das operações, conforme disposto no "caput" e nos parágrafos 1º e 3º do artigo 23 da Lei 4.131/62 (...).

Conforme disposto no Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais RMCCI do Banco Central do Brasil, Circular 3.280 de 09 de março de 2005, vigente à época dos fatos, cabe ao declarante observar as disposições gerais item 1.1 e específicas, bem como a correta classificação da operação cambial, item 1.8.1. (...).

...

Conclui-se, então, que a inobservância das normas administrativas acima descritas implica no enquadramento previsto no artigo 15 do Decreto 4.494/2002 qual seja a inobservância de condições para o enquadramento das operações cambiais na alíquota reduzida ou zero.

...

4.3 Do enquadramento, apuração da base de cálculo e alíquota do IOF – Câmbio incidente sobre operação com o exterior enquadrada como empréstimo.

A VWL atuou como vendedor de moeda estrangeira quando do recebimento do exterior de recursos destinados a pretensão aumento de capital e considerados por esta fiscalização como recursos destinados a empréstimo, configurando-se então a ocorrência do fato gerador do IOF Câmbio conforme definido no artigo 11 do Decreto 4.494/2002, "o fato gerador do IOF Câmbio 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", sendo a VWL enquadrada como contribuinte artigo 12 - "são contribuintes os compradores ou vendedores de moeda estrangeira nas operações referentes às transferências financeiras para o ou do exterior, respectivamente, compreendendo as operações de câmbio manual".

A data de ocorrência do fato gerador é 18 de abril de 2007, a base de cálculo é R\$ 727.681.445,70, a alíquota reduzida que seria de 5% inciso II do artigo 14 passa a ser de 25% em função do disposto no artigo 15.

6. Do evidente intuito de fraude - multa qualificada

O negócio jurídico, para traduzir-se em um comportamento elisivo, legalmente aceito, não pode fraudar o sistema normativo em que foi erigido. O negócio jurídico indireto é composto por vários negócios jurídicos e é suficiente que apenas um esteja eivado de ilicitude para restar contaminado o resultado pretendido.

Pelos motivos expostos, em decorrência da desqualificação da operação de compra e venda de ações com apuração de ágio pelos motivos acima expostos e dos atos a este evento ligados, ficou caracterizada também a ação dolosa da operação recebimento e transferência de recursos com o exterior, pois sem propósito negocial, sem motivação extra-tributária, também esta etapa em conjunto com as demais levou a uma única finalidade: diminuição ou não pagamento de tributos, no caso do IRPJ, CSLL e IOF devidos pela VWL e pelo BVW.

Restou caracterizado o evidente intuito de fraude, uma vez que, simulada a aquisição de participação societária com ágio e daí para trás simulados também os demais atos encadeados, a saber, o pretensão aumento de capital e as respectivas operações cambiais com a incorreta classificação como Investimento Estrangeiro Direto dos recursos financeiros, a Fiscalizada impediu dolosamente, total ou parcialmente a ocorrência do fato gerador do IRPJ, CSLL e do IOF Câmbio de acordo com o art. 72 da Lei nº 4.502, de 30.11.1964 (...).

Cabe a interpretação dos fatos não apenas pelo formalismo, mas pelo conteúdo, pela motivação, analisando o conjunto dos atos e não cada etapa separadamente.

A impugnação apresentada pelo contribuinte não obteve êxito, sendo a exigência mantida pela 3ª Turma da DRJ – Campinas, por meio do Acórdão nº 05-40.830, de 17/06/2003, e-fls. 2153/ss.

Como visto pela ementa acima transcrita, a 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 3ª Seção do CARF, decidiu dar provimento parcial ao recurso, tão-somente, para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 75%.

A Fazenda Nacional apresentou recurso especial de divergência, e-fls. 2543/ss, pedindo a reforma do julgamento a fim de que seja restabelecida a multa qualificada de 150%.

Por meio do Despacho s/n, de 25/05/2015 (fls. 2572/ss) foi dado seguimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

A autuada também interpôs recurso especial através do qual alega em breve síntese:

Preliminares

- Nulidade do acórdão recorrido por incompetência da 3ª Seção de julgamento para realizar a apreciação do caso;
- Nulidade do acórdão recorrido por inovação ao lançamento pela decisão proferida quanto à alíquota do IOF;
- Nulidade da autuação quanto à competência para a classificação dos ingressos e das saídas de recurso no país que não seria matéria de alçada da Receita Federal. Os agentes competentes – CMN e Bacen – reconheceram que a VWFSAG capitalizou VWL e que esta comprou, da VWAG, as ações do BVM;

Mérito

- Aduz que os recursos ingressados no País decorrem de disponibilidades próprias da VWFSAG; não têm por origem a VWAG; foram destinados ao aumento de capital

de VWL na forma como fixada pelas regras que disciplinam o investimento externo direto e posteriormente aplicados de acordo com o seu objeto social, tanto que produziram efeitos na quantificação do limite operacional da VWL dentro do próprio período auditado, efeito prático absolutamente ignorado pelas instâncias a quo;

- Afirma que é impossível falar em empréstimo, haja vista que o transmitente dos recursos (VWFSAG) recebidos pela VWL não se confunde com o receptor do pagamento por ela realizado (VW AG), pressuposto para a caracterização da operação de mútuo, conforme a doutrina e a jurisprudência;

- Assevera que é indevida a requalificação dos fatos pretendida pela Fiscalização, pois os atos de aumento de capital e compra e venda de participação societária foram as condutas adotadas não só na forma, mas também na essência, uma vez que integralmente coerentes com os objetivos negociais e regulatórios das empresas envolvidas no Brasil e nas demais jurisdições que o grupo atua, o que é corroborado pelo fato incontestado de que todas as empresas envolvidas eram operacionais;

- E, também, argumenta que se tratasse de empréstimo, seria descabida a cobrança do imposto, já que o suposto crédito da VWFSAG, então, não teria sido liquidado até o presente, configurando mútuo com prazo superior a 90 dias, sujeito à alíquota zero;

O recurso especial do contribuinte não foi admitido, conforme despacho de admissibilidade de e-fls. 2815/ss, pelo então Presidente da 3ª Seção de Julgamento. Tal decisão foi mantida na íntegra, em reexame de admissibilidade de recurso especial, pelo Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais (e-fls. 2867/ss).

O contribuinte impetrou ação judicial (Mandado de Segurança – processo 1002681-81.2016.4.01.3400), conforme noticiado pelo Mandado de Notificação e Intimação (fls. 2838/2855 e 2914/2923), sendo que foi determinado na sentença proferida o que segue abaixo (fl. 2923):

(...)

Portanto, concluo que houve incursão no mérito do recurso especial administrativo, quando deveria apenas ter havido o juízo de admissibilidade. Desta forma, é o caso de se conceder a tutela jurisdicional adequada a fim de que o recurso especial interposto pelo impetrante na via administrativa seja devidamente analisado pelo órgão colegiado que possui tal atribuição.

Ante o exposto, CONDEDO A SEGURANÇA, confirmando a liminar deferida, para assegurar o processamento e o respectivo julgamento, pela Turma competente da CSRF (órgão do CARF), do mérito do Recurso Especial interposto em face do acórdão 3202-001.351, proferido nos autos do Processo Administrativo nº 16327.720417/2012-91, com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário respectivo.

Defiro o ingresso da União no feito, no estado em que se encontra.

Condeno a União a ressarcir as despesas processuais.

Publique-se, registre-se e intimem-se.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Brasília - DF, 17 de fevereiro de 2017.

MICHAEL PROCOPIO RIBEIRO ALVES AVELAR

Juiz Federal Substituto (negritamos)

Assim sendo, o recurso especial do sujeito passivo somente terá seguimento por determinação de medida judicial e desde que tal decisão não seja reformada em sede de reexame necessário pelo Tribunal.

A Fazenda Publica apresentou, tempestivamente, contrarrazões, e-fls. 2894/ss, na qual pede seja negado provimento ao recurso especial interposto pelo contribuinte.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, relator.

Do Recurso Especial da Fazenda Nacional

O recurso especial da Fazenda Nacional é tempestivo e atende aos demais requisitos formais para o seu conhecimento.

Os acórdãos paradigmas apresentados pela Fazenda Nacional representam bem a divergência de interpretação e, portanto, deve ser conhecido, ressaltando que o contribuinte não contestou aspectos relativos ao conhecimento do recurso.

No mérito, a matéria posta em debate pelo Recurso Especial da Fazenda Nacional refere-se exclusivamente ao pedido de que seja restabelecida a multa qualificada de 150%, prevista no § 1º do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, cuja redação é a seguinte:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1o O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Portanto, a multa deve ser qualificada apenas nos casos de falta de pagamento de tributos e desde que demonstrada a prática das condutas típicas previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964, quais seja, sonegação, fraude ou conluio, respectivamente.

Assim, como bem argumentado pelo relator da decisão recorrida, para a qualificação da multa deveria restar configurada a prática inequívoca, devidamente comprovada, de conduta dolosa, intencional, grave o suficiente e independente de quaisquer outras variáveis.

Compulsando-se os autos não vislumbrei a existência de fatos apurados pela fiscalização que demonstrassem conduta dolosa ou a intenção deliberada de fraudar, nos termos do art. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 1964. Acho até que para os lançamentos do IRPJ e CSLL descritos e que estão sendo apurados em outro processo, houve a demonstração do intuito doloso a justificar a aplicação da multa qualificada. Porém aqui, a situação é diferente e não houve qualquer simulação ou ato doloso na operacionalização do empréstimo. O contribuinte seguiu um caminho, transparente e defende que neste caminho não está configurado a ocorrência do fato gerador do IOF.

À bem da verdade, ao que me parece, há clara divergência de interpretação da legislação, entre as teses defendidas pelo contribuinte e o pelo Fisco: o primeiro entende que a entrada de recursos no país qualifica investimento estrangeiro direto, de modo que para ele, trata-se de fato autorizado pela legislação aplicável; o Fisco, por sua vez, entende que a operação cambial perpetrada pela recorrente trata-se de empréstimo externo, e não investimento, e por isso deveria incidir o IOF.

Nesse sentido, corrobora o entendimento a Súmula n.º 14, que muito embora trate de matéria distinta – a omissão de receita – demonstra a necessidade da existência da fraude para a qualificação da multa, *verbis*:

“A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo”.

Destarte, coaduno com a interpretação dada pela autoridade fiscal quanto à incidência do IOF sobre a operação efetuada pela Recorrente, contudo, não considero que é o caso de qualificação da multa.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Pública.

Do Recurso Especial do contribuinte

O recurso especial do contribuinte muito embora não tenha sido admitido pelo rito próprio do processo administrativo federal, nos termos do despacho de admissibilidade do então Presidente da 3ª Seção de Julgamento e reexame de admissibilidade pelo Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, **será conhecido exclusivamente em função do deferimento de ordem judicial.**

Registro, contudo, minha posição no sentido de que a recorrente efetivamente não logrou demonstrar a divergência de interpretação da legislação tributária suscitada, de modo que concordo com o que foi explicitado no despacho de admissibilidade exarado pelo então Presidente da 3ª Seção de Julgamento e confirmado pelo Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em reexame de admissibilidade de recurso especial.

Assim, superada a fase de admissibilidade do recurso especial do contribuinte, passemos à análise das matérias arguidas.

(i) Nulidade do acórdão recorrido por incompetência da 3ª Seção de julgamento para realizar a apreciação do caso

A Recorrente alega que a 3ª Seção não teria competência para apreciar o recurso, pois os lançamentos nele discutidos foram realizados com base nos mesmos fatos que motivaram o lançamento de IRPJ e CSLL, assim, no seu entender os autos deveriam ser remetidos à 1ª Seção, para que fossem apreciados em conjunto com os processos administrativos relativos a estes tributos.

Em primeiro lugar, importante anotar que compete à 3ª Seção processar e julgar os recursos voluntários de decisão de 1ª instância que versem sobre a aplicação da legislação referente ao imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguros ou relativas a títulos ou valores mobiliários – IOF, conforme disposição regulamentar contida no inciso VII, art. 4º, Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/07/2015. No mesmo sentido também dispunha o RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, vigente à época em que o processo foi julgado pela Turma ordinária.

Portanto, originariamente e ordinariamente a competência para o julgamento dessa matéria é da 3ª Seção. Veja como dispunha a respeito das competências de julgamento, o RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, vigente à data do julgamento da decisão recorrida:

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

I - Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ);

II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL);

III - Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando se tratar de antecipação do IRPJ;

IV - demais tributos e o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ;

V - exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (SIMPLES-Nacional);

VI - penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias pelas pessoas jurídicas, relativamente aos tributos de que trata este artigo; e

VII - tributos, empréstimos compulsórios e matéria correlata não incluídos na competência julgadora das demais Seções.

Note-se que a competência da 1ª Seção era em razão de conexão, decorrência ou reflexo. São situações em que o julgamento de um deve seguir o mesmo resultado, pois advindos do mesmo elemento de prova. Não há esta dependência no presente processo. A acusação aqui é totalmente autônoma e não há possibilidade de reclamar a aplicação do mesmo resultado entre este processo e o do IRPJ e CSLL. Lá a acusação é que as operações engendradas para geração de ágio interno não tinham fins negociais e portanto não poderiam servir de substrato para dedutibilidade do ágio para fins de apuração dos referidos tributos. Manter ou não manter aquele lançamento em nada interfere nos fatos ocorridos e na acusação que aqui se discute. Os fatos e as acusações constantes do presente processo são autônomos e devem ser julgados pela 3ª Seção que tem, e detinha no Regimento Interno anterior, a competência original para julgamento do IOF, *in verbis*:

Art. 4º À Terceira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

(...)

VII - Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF);

(...)

Tanto é verdade a total independência do presente processo com o processo de lançamento do IRPJ que, conforme relatado, aquele processo no que se refere a exigência principal já foi definitivamente julgado pelo CARF e não há qualquer necessidade de, no presente processo, manter o mesmo entendimento lá exarado. Fosse assim, como no julgamento daquele a exigência foi definitivamente mantida, aqui teríamos que seguir o mesmo entendimento, o que por óbvio não é necessário já que tratam de matérias autônomas.

Portanto, cristalino que a competência para o julgamento do presente processo pertence à 3ª Seção de Julgamento e afasta-se a arguição de nulidade do acórdão recorrido por este motivo.

(ii) Nulidade do acórdão recorrido por inovação ao lançamento pela decisão proferida quanto à alíquota do IOF.

Aduz a Recorrente que a Turma *a quo* teria alterado a motivação do lançamento, introduzindo critério jurídico inédito, o que implica a nulidade do acórdão recorrido, pois o CARF não tem competência para alterar, corrigir ou, de qualquer forma,

alterar o conteúdo do lançamento, nos termos do art. 142 do CTN c/c os arts. 25, II, e 59, I, do Decreto n. 70.235/72.

Não houve qualquer alteração ou correção na motivação consubstanciada pela Turma julgadora, muito menos inovação no critério jurídico. A Turma, ao entender correta a aplicação da alíquota de 25% em face do desenquadramento da operação como situação específica a ensejar a incidência de alíquota menor, a DRJ estava a falar da hipótese versada no inciso II do § 1º do art. 14 do Decreto n.º 4.494, de 2002, portanto, o mesmo referido na decisão recorrida. Ademais, esse era o único enquadramento possível a ser aplicado ao caso tratado nos autos, uma operação cambial de empréstimo externo, como entendeu a fiscalização, e que por isso deveria incidir o IOF.

Em relação à redução do percentual da multa de ofício para 75% não significa alteração do fundamento do lançamento de ofício, mas a sua mera adequação da penalidade com os fatos narrados nos autos.

Ademais, entendo que não houve inovação no lançamento de ofício, como alega a Recorrente, haja vista estarmos discutindo-o neste momento com base na descrição dos fatos e nos fundamentos jurídicos constantes da peça inicial, ou seja, com base nos elementos constantes do lançamento de ofício veiculado no respectivo auto de infração. Não houve modificação dos pressupostos de fato e de direito constantes do lançamento, portanto, da motivação do ato administrativo de lançamento tributário. Muito menos houve alteração do “conteúdo” do ato: todos os elementos constantes do consequente da regra individual e concreta veiculada pelo lançamento foram mantidos (sujeitos ativos e passivos, base de cálculo e alíquotas). De igual modo, nenhum dos requisitos “formais” previstos no artigo 10º do PAF - Decreto 70.235/72 (que foram corretamente informados no lançamento) foi alterado ou modificado.

A Recorrente, ao que me parece, questiona (e discorda!) dos argumentos utilizados no voto condutor da decisão *a quo* para fundamentar sua decisão. Portanto, não é o caso suscitar a nulidade da decisão (que está corretamente motivada), mas de questionar os argumentos utilizados em sua fundamentação, o que se faz em sede do mérito. É perfeitamente possível que se discorde da decisão, como efetivamente ocorre com a ora Recorrente, entretanto, dessa discordância não pode levar a nulidade da decisão.

Não acolho a preliminar de nulidade suscitada.

(iii) Nulidade da autuação quanto à competência para a classificação dos ingressos e das saídas de recurso no país que não seria matéria de alçada da Receita Federal e também que o aumento de capital já havia sido aprovado previamente pelo BACEN.

No entender da Recorrente a qualificação jurídica dos ingressos de recursos externos no País compete exclusivamente às autoridades monetárias - Conselho Monetário Nacional e BACEN -, que previamente teriam apreciados as operações em tela e anuíram com a classificação de investimento estrangeiro direto.

Afirma, também, que o aumento de capital teria sido submetido à apreciação da autoridade competente – o BACEN –, que teria o aprovado, de modo que haveria vedação à desconsideração efetuada pelas autoridades fiscais.

Discordo frontalmente desses entendimentos.

À Secretaria da Receita Federal compete, privativamente, fiscalizar e, se for o caso, cobrar os tributos de competência da União Federal, nos termos do que dispõem o art. 37, inciso XVIII da Constituição Federal, os arts. 194 e 195 do CTN, art. 9º, do Anexo I, do Decreto nº 6.313/2007.

As demais autoridades administrativas - Conselho Monetário Nacional e BACEN – atuam cada qual dentro de suas esferas exclusivas de competência. Contudo, não cabem a elas verificar o enquadramento tributário a ser dado em relação às operações cambiais efetuadas pela Recorrente, e muito menos, manifestarem-se sobre as consequências jurídico-tributárias daí resultantes. Como de fato não o fizeram no caso em tela.

Como muito bem argumentou a Procuradoria da Fazenda Nacional, o que fez a autoridade autuante foi identificar, nas operações de entrada e saída de recursos, transações que não aquelas declaradas pela empresa, utilizando-se, para tanto, de conceitos de investimento externo direto para descaracterizar as declarações feitas pela contribuinte às autoridades monetárias. Posteriormente, dentro de suas competências privativas, a autoridade fiscal requalificou as operações realizadas pela contribuinte, da forma que entendeu ser a

correta, demonstrando as repercussões tributárias, exercendo, com isso, sua atribuição constitucional e legal de fiscalizar e lançar tributos federais.

Rejeita-se, assim, a arguição de incompetência da Receita Federal para proceder ao lançamento tributário em relação à operação cambial perpetrada pela Recorrente.

Mérito

No mérito, em apertadíssima síntese, o ponto da questão é o seguinte: o contribuinte entende que a entrada de recursos no país qualifica investimento estrangeiro direto, de modo que para ele, trata-se de fato autorizado pela legislação aplicável; a fiscalização, por sua vez, entendeu que a operação cambial perpetrada pela recorrente tratava-se de empréstimo externo, e não investimento, e por isso deveria incidir o IOF.

Assim, a autoridade fiscal lavrou o competente auto de infração para a constituição do crédito tributário em relação ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros, multa de ofício qualificada e juros de mora.

Vê-se que a operação de aumento de capital e investimento externo efetuada pela autuada faz parte de um contexto maior de reorganização societária promovida no grupo econômico de que faz parte.

Como bem explicou o relator do acórdão recorrido, a auditoria fiscal investigou a legitimidade do ágio originado numa reorganização societária engendrada pelo Grupo Volkswagen, envolvendo empresas alemãs e nacionais pertencentes ao mesmo grupo. Ao final, a fiscalização entendeu que tais operações, para ela desprovidas de fundamentação econômica e de propósito negocial, destinaram-se apenas a permitir a apropriação do ágio como despesa de amortização, para reduzir as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Como já dito no relatório, o lançamento correspondente a estes tributos (IRPJ e CSLL) é objeto de outro processo administrativo (n.º 16327.720416/2012-47), em tramitação na Primeira Seção do CARF.

Neste processo, exige-se, com base no mesmo contexto, o IOF incidente sobre a operação cambial referente à entrada dos recursos no país, uma vez que a fiscalização qualificou-a como empréstimo externo, não como investimento estrangeiro direto, como defende a Recorrente.

Claro está, portanto, que há evidente divergência de interpretação da legislação tributária entre as teses defendidas pelo contribuinte e pelo Fisco.

Com vista a melhor esclarecer a sucessão de fatos ocorridos, identificando as empresas envolvidas na reorganização societária e descrevendo as operações entre elas realizadas, transcrevemos a forma didática exposta nas contrarrazões apresentadas pela PFN e reproduzidas no voto da decisão recorrida:

Empresas pertencentes ao Grupo Volkswagen envolvidas nas operações societárias:

- BVW – Banco Volkswagen S.A (Brasil)
- VWL – Volkswagen Leasing S.A – Arrendamento Mercantil (Brasil)
- VWP Volkswagen Participações Ltda. (Brasil)
- VWAG – Volkswagen Aktiengesellschaft (Alemanha)
- VWFSAG – Volkswagens Financial Services Aktiengesellschaft (Alemanha)

Operações societárias:

Em 17/4/2007:

<u>Alemanha</u>		<u>Brasil</u>
VWFSAG	→	VWL

A **VWFSAG** remete à sua controlada integral **VWL** no Brasil, supostamente a título de Investimento Externo Direto - IED, R\$ 727.680.000,00, para aumento do capital social desta última.

Em 17/4/2007:

<u>Brasil</u>		<u>Brasil</u>
VWL	→	BVW

A **VWL** adquire da **VWAG** da Alemanha 70,15% do **BVW**, apurando ágio de **R\$ 228.336.098,32**.

Em 2/5/2007 (14 dias após o recebimento dos recursos pela VWL):

<u>Brasil</u>		<u>Alemanha</u>
---------------	--	-----------------

VWL

→

VWAG

A VWL remete à VWAG da Alemanha, controladora da VWFSAG, R\$ 726.429.905,13, a título de pagamento pela aquisição de 70,15% do BVW.

Em 23/10/2007:

AlemanhaBrasilVWFSAG

→

VWP

A VWFSAG subscreve e integraliza aumento de capital na VWP, utilizando a sua participação na VWL (aqui não há incorporação; o controle acionário da VWL passou a ser da VWP). Antes do aumento, a VWFSAG já era controladora da VWP.

Em 29/2/2008:

BrasilBrasil

BVW

→

VWL

A BVW incorpora a VWL e passa a amortizar o ágio antes referido.

A partir de então, ou seja, após a incorporação às avessas da VWL pelo BVW, o BVW passa a amortizar o ágio de si mesmo, apurado com fundamento em sua própria rentabilidade futura na operação de 17/04/2007, quando a VWL adquiriu da VWAG (Alemanha) 70,15% do BVW.

Em síntese, esses são os fatos ocorridos no que entendemos mais relevante para o deslinde do litígio.

Pois bem. Como pode depreender-se, a operação inicial dessa suposta reorganização societária tem a ver com o ingresso de divisas, vinculado a um alegado aumento de capital, que foi a base para todas as demais etapas da operação. A autuada defende a tese de que os recursos financeiros ingressaram no país com a natureza de investimento externo direto e regressaram ao exterior com a suposta finalidade de aquisição de participação societária.

Entretanto, tanto a fiscalização quanto a 3ª Turma DRJ – Campinas e a 2ª Turma da 2ª Câmara da 3ª Seção do CARF, entenderam que a operação cambial perpetrada

pela recorrente tratava-se de empréstimo externo, e não investimento, e por isso deveria incidir o IOF.

No meu entender, em consonância com o decidido pelas duas Turmas de julgamento, também entendo que a classificação adotada pelo contribuinte não foi correta, como passo a expor.

Como bem aduziu a autoridade fiscal, em seu Termo de Verificação Fiscal, só há que falar em investimento externo direto quando se tratar de participações no capital social de uma empresa no país, pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, integralizadas ou adquiridas segundo a legislação vigente, bem como o capital destacado de empresas estrangeiras autorizadas a operar no país, exceto quando adquiridas no mercado financeiro e de capitais.

Necessário, ainda, restar nitidamente demonstrada a intenção de a empresa investidora assumir o controle da investida, bem como ficar caracterizada a permanência dos investimentos, que se presume sempre que o valor registrado no ativo circulante não for alienado até a data do balanço do período-base seguinte àquele em que tiver sido adquirido o respectivo direito.

Tais requisitos não foram atendidos pela empresa, como bem anotou a PFN em suas contrarrazões, conforme trechos abaixo descritos, com os quais aquiesço integralmente:

*Isto porque, além de os recursos apenas transitaram pelo Brasil **por meros 14 dias**, o suposto investimento estrangeiro, efetivado em abril de 2007, e que deveria permanecer na empresa investida pelo menos até o balanço no período-base seguinte, foi alienado já em outubro de 2007, quando do aumento de capital da VWP integralizado pela VWFSAG mediante conferência de ações da VWL e extinto, logo em seguida, em fevereiro de 2008, ou seja, **em um lapso temporal de apenas dez meses** após o aumento de capital da VML foi o mesmo expurgado, quando da incorporação da VWL pelo BVW.*

Com isso, pode-se afirmar terem os recursos sido apenas formalmente entregues à VWL para auxiliar na operação de geração de ágio interno na aquisição do BVW, fato este que se corrobora com a demonstração da evolução do patrimônio líquido do BVW, por meio do qual se confirma que o aumento de capital não gerou novas riquezas para as sociedades envolvidas na operação. Nesta linha, o TVF explicou que:

“caso se objetivasse efetivamente o aumento dos limites operacionais do BVW, como postulado pela Fiscalizada, o lógico seria que o aumento de capital da ordem de R\$ 700 milhões fosse diretamente nele realizado, com a paralela criação da carteira de arrendamento mercantil, como feito, com a posterior incorporação a

valores patrimoniais da VWL para atender ao objetivo de racionalização administrativa.”

*Deste modo, **afasta-se qualquer propósito comercial** no aporte de recursos pela VWFSAG na VML que pudesse caracterizar a operação como efetivo aumento de capital.*

Além disso, os recursos em questão apenas circularam internamente no Grupo, originados de VWFSAG e destinados à VWAG, todas interligadas entre si e componentes do Grupo Volkswagen, comando pela própria VWAG, ou seja, a investidora que já detinha o controle da investida. (negritamos)

Basta, portanto, verificar os curtos períodos de tempo transcorridos entre as operações, conforme acima descrito, para se atestar a estratégia de geração de ágio interno na aquisição do BVW e, na sequência, devolvidos à controladora original de todas as empresas envolvidas, a VWAG. Tanto não houve incorporação ao acervo patrimonial da VWL que os valores foram expurgados dez meses depois.

Tais fatos, portanto, evidenciam que não houve qualquer propósito comercial na alocação dos recursos efetuados pela WFSAG na VWL que pudesse caracterizar a operação como efetivo aumento de capital.

Ademais, devem-se considerar ainda os seguintes fatos relevantes: (i) os recursos ingressados no país permaneceram apenas por exíguos 14 dias, demonstrando que o Grupo Volkswagen nunca pretendeu permanecer com esses recursos no Brasil; (ii) o investimento extinguiu-se em prazo inferior a um ano; (iii) não há substrato econômico para embasar a operação financeira perpetrada pela autuada, uma vez que não houve qualquer ampliação da capacidade operacional das sociedades envolvidas na operação; (iv) o real objeto da operação foi a geração de ágio na compra de 70,15% do BVW pela VWL, sendo que a amortização decorrente da redução da despesa nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL está discutida no bojo do processo administrativo nº 16327.720416/2012-47 em tramitação na Primeira Seção do CARF, conforme já registramos.

Tais fatos levam-nos indubitavelmente a concluir que estamos diante, ao fim e ao cabo, de empréstimo externo, e não investimento, e por isso mesmo, sujeito à incidência do IOF. Nesse sentido, importante transcrever ainda trechos elucidativos do voto condutor da decisão recorrida – de lavra do i. Conselheiro Charles Mayer de Castro Souza -, com o qual concordo integralmente e adoto-o também como fundamentos deste voto, *verbis*:

Por todos esses fatos, não vemos como considerar, como se de investimento estrangeiro direto se tratasse, a entrada dos recursos financeiros no país.

E, assim sendo, resta a opção de mútuo, que, como se sabe, nos termos do art. 586 do vigente Código Civil, é o empréstimo de coisas fungíveis, no qual o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

O fato de os recursos terem retornado à controladora (a VWAG, na Alemanha) da empresa que os remeteu (a VWFSAG, também na Alemanha) à VWL (no Brasil), a título de aumento de capital, em nada altera o entendimento aqui adotado, uma vez que todas pertencem ao mesmo grupo econômico – o Grupo Volkswagen. Em casos tais, o fluxo financeiro entre as empresa que integram uma mesma holding costuma ser intenso e tem por finalidade alavancar as possibilidades operacionais do grupo, algo absolutamente normal e até esperado num mundo globalizado como o nosso.

E se de mútuo se tratava, resta-nos definir qual a alíquota a ser aplicada. Para tanto, passamos a reproduzir os artigos do Decreto nº 4.494, de 03 de dezembro de 2002, que versam sobre a matéria:

Art.14. A alíquota do IOF é de vinte e cinco por cento (Lei nº 8.894, de 1994, art. 5º).

*§1º A alíquota do IOF fica reduzida para os percentuais abaixo enumerados:
(...)*

Vê-se que a alíquota do IOF é, como regra geral, de 25%, com as exceções encartadas nos incisos I, II e III do § 1º do art. 14, que preveem hipóteses de alíquota reduzida (2 ou 5%) ou zero. Tais exceções, no entanto, nos termos do art. 15, deixam de ser aplicadas se o contribuinte do imposto descumprir ou não comprovar o cumprimento das condições para que se dê a tributação com alíquota reduzida ou com alíquota zero.

Ora, como o valor emprestado foi repatriado no prazo de apenas 14 (catorze) dias, descumpriu-se um dos requisitos para a aplicação da alíquota reduzida de 5%, pois esse prazo é inferior aos noventa dias estabelecidos no inciso II do § 1º do art. 14, daí que aplicável o disposto no art. 15, segundo o qual o contribuinte fica sujeito ao pagamento do IOF, calculado à alíquota normal para a operação, acrescido de juros moratórios e multa de ofício.

Absolutamente correta, portanto, a aplicação da alíquota de 25%.

Por fim, importante trazer à colação importante argumento trazido no voto do acórdão da DRJ – Campinas, no sentido de que quando a própria contribuinte, em sua impugnação, admite que houvesse outro caminho, mais direto, a ser seguido, vem a corroborar a tese de que o “passeio” dos recursos pelo país somente serviu para fins de geração interna de ágio. Logo é de concluir-se que, no conjunto das operações, o ingresso das divisas e sua posterior remessa ao exterior representam efetiva operação de empréstimo, e não duas operações distintas de compra e venda de participação societária. Nesse sentido, o empréstimo externo teve por finalidade a moldagem da operação de aquisição do BVW, peça principal da geração do ágio interno cuja consistência corretamente já foi afastada pela autoridade fiscal lançadora e pelos julgamentos de primeira e segunda instâncias administrativas.

Deste modo, no meu entender, a autuada não foi capaz de demonstrar e comprovar, de forma convincente e coerente, a existência de uma mera operação de

investimento estrangeiro direto em suas atividades operacionais no Brasil, como reiteradamente vem alegando. Alegou mas não se desincumbiu suficientemente de seu ônus probatório.

Em outro giro, não há como acatar o argumento da Recorrente quando afirma que a “fiscalização desconsiderou a existência e personalidade jurídica própria da VWFSAG”. Nada disso foi feito. A fiscalização apenas não interpretou os fatos ocorridos da mesma forma que a Recorrente o fez. A autoridade fiscal apenas determinou, a meu ver corretamente, os efeitos jurídico-tributários decorrentes da operação de câmbio conduzida pela empresa, mas especificamente, em relação ao empréstimo externo efetuado.

Ante o exposto, voto por **negar provimento** aos recursos especiais da Fazenda Nacional e do contribuinte.

(assinado digitalmente)
Andrada Márcio Canuto Natal

Declaração de Voto

Conselheira Tatiana Midori Migiyama

Depreendendo-se da análise dos autos e, em atenção, ao julgamento ocorrido na turma *a quo*, essa conselheira pediu vistas do processo para melhor recordar as particularidades das operações envolvendo o sujeito passivo. O que, peço vênha ao ilustre Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal para manifestar meu entendimento acerca dos pontos trazidos em recursos interpostos pelo sujeito passivo e pela Fazenda Nacional.

Quanto aos fatos, ainda que tenha apresentado declaração de voto à época quando do julgamento na Câmara *a quo*, é de se recordar de forma singela as operações realizadas pelo sujeito passivo:

- **1ª Etapa:**

- ✓ A pessoa jurídica alemã Volkswagen Financial ServicesAktiengesellschaft – VWFSAG procedeu ao aumento do capital desua controlada no Brasil, a Volkswagen Leasing S/A – VWL;

- **2ª Etapa:**

- ✓ A VWL comprou 70,16% das ações do Banco Volkswagen S/A – BVW, que lhe foram vendidas por outra pessoa jurídica alemã, aVolkswagen Aktiengesellschaft – VWAG.

- **3ª Etapa:**

- ✓ Incorporação da VWL por BVW.

Vê-se claro pelas operações descritas que uma pessoa jurídica alemã aumentou o capital da Volkswagen Leasing e essa comprou participação do Banco Volkwsagen de uma **OUTRA** pessoa jurídica alemã.

É de se constatar também que as duas pessoas jurídicas alemãs possuem atividades/objeto social diferentes e continuam operando, como também existiam antes da realização dessas duas operações independentes (aumento de capital com uma sociedade e compra de participação societária com outra sociedade).

Cabe ainda destacar que houve aprovação das operações pelo Banco Central do Brasil – BACEN, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, conforme sua própria competência atribuída nos moldes da Lei 4.728/65 e pela Comissão de Valores Mobiliários CVM, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, nos termos da Lei 6.385/76.

No caso vertente, vê-se que o corpo técnico daquelas autarquias analisou e aprovou a operação, conferindo a natureza regulatória ora observada – o que, por conseguinte, eventual efeito fiscal restaria em mero reflexo daquelas operações acatadas pelas referidas autarquias.

Independentemente da questão descrita, não se torna demais esclarecer, que casose invoque tortuosamente o parágrafo único do art. 116 do CTN, *in verbis*:

“Art. 116.

[...]

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

Tem-se que o parágrafo único desse dispositivo traz a possibilidade de a autoridade fazendária desconsiderar os atos PRATICADOS COM A FINALIDADE DE DISSIMULAR A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO, **observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.**

Vê-se que desconsiderando todas as operações envolvidas nesse processo que, por sua vez, foram aprovadas por atos das autarquias, estar-se-ia DESCONSIDERANDO OS ATOS PRATICADOS PELAS PRÓPRIAS AUTARQUIAS do Ministério da Fazenda. O que, causaria “descrédito” dos atos atribuídos a cada órgão vinculado ao Ministério da Fazenda.

Ademais, é de se constatar que o parágrafo único do art. 116 do CTN nunca foi “regulamentado” por lei ordinária, conforme reza explicitamente o Código. O que, por óbvio, não poderia ser observado pela autoridade fazendária para desconsiderar uma operação.

Ventiladas tais considerações, passo a discorrer sobre as discussões trazidas em **recurso especial interposto pelo sujeito passivo**.

I - Do Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo

No que tange às preliminares suscitadas em recurso, importante especificá-las:

- Nulidade do acórdão recorrido por incompetência da 3ª Seção de julgamento para realizar a apreciação do caso;
- Nulidade do acórdão recorrido por inovação ao lançamento pela decisão proferida quanto à alíquota do IOF;
- Nulidade da autuação quanto à competência para a classificação dos ingressos e das saídas de recurso no país que não seria matéria de alçada da Receita Federal. Os agentes competentes – CMN e Bacen – reconheceram que a VWFSAG capitalizou VWL e que esta comprou, da VWAG, as ações do BVM;

a) Da Nulidade do acórdão recorrido por incompetência da 3ª Seção de julgamento para realizar a apreciação do caso

Nessa parte, apenas trago que manifestei minha concordância com o voto proferido pelo ilustre relator:

“[...]

Em primeiro lugar, importante anotar que compete à 3ª Seção processar e julgar os recursos voluntários de decisão de 1ª instância que versem sobre a aplicação da legislação referente ao imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguros ou relativas a títulos ou valores mobiliários – IOF, conforme disposição regulamentar contida no inciso VII, art. 4º, Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/07/2015. No mesmo

sentido também dispunha o RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, vigente à época em que o processo foi julgado pela Turma ordinária. Portanto, originariamente e ordinariamente a competência para o julgamento dessa matéria é da 3ª Seção. [...]”

Ora, independentemente de toda a operação ter sido desconsiderada para fins de se imputar a exigência do IOF e não ter sido “desmontada” para fins de se exigir o IR e a CS, tendo em vista que o processo versa sobre a exigibilidade do IOF, a competência para o julgamento de matéria envolvendo esse tributo é da 3ª Seção de Julgamento.

Em vista do exposto, nego provimento à essa preliminar.

b) Da Nulidade do acórdão recorrido por inovação ao lançamento pela decisão proferida quanto à alíquota do IOF

No que tange à essa preliminar de nulidade, entendo que assiste razão ao sujeito passivo, eis que, depreendendo-se da análise dos autos do processo, ainda que o acórdão recorrido tenha afastado a motivação posta pela autoridade fiscal para aplicação da alíquota de 25% de IOF-Câmbio, utilizou-se de razões novas para manter o crédito tributário no mesmo percentual.

O que, por óbvio, teria como consequência a nulidade do acórdão recorrido.

Para melhor elucidar, é de se recordar que, no caso vertente, quando do lançamento, ainda que tenha sido admitido que a alíquota regularmente aplicável seria a de 5%, a alíquota adotada pela fiscalização é de 25%. Tal adoção foi motivada pela permanência dos montantes do Brasil por prazo inferior a 90 dias e pelo suposto descumprimento de normas de registro de câmbio – o que, segundo a fiscalização, ensejaria a incidência do art. 15 do RIOF/2002.

Não obstante à motivação dada pela fiscalização, é de se constatar que o voto condutor do acórdão recorrido AFASTOU EFETIVAMENTE o motivo apontado pela

fiscalização, entendendo que a alíquota de 5% deveria ser utilizada apenas para a permanência de recurso superior a 90 dias.

Ora, a fiscalização entendeu que a alíquota de 25% deveria ser adotada em razão do descumprimento das obrigações de registro da operação cambial junto ao BACEN.

O acórdão recorrido traz que a acusação fiscal é de que a alíquota de 25% deve ser aplicada porque a de 5% apenas teria lugar na hipótese de investimentos cuja permanência no Brasil seja **SUPERIOR** a 90 dias. **E afirmou ser inaplicável ao empréstimo com prazo de até 90 dias a alíquota de 5% e independentemente do cumprimento das condições, por considerar a sua adoção possível apenas para empréstimo acima de 3 meses, refutando a prática de atos fraudulentos ou mesmo simulados, afastando a multa qualificada.**

Sendo assim, resta claro que deve ser anulado o acórdão recorrido na parte em que INOVOU no lançamento e cancelado o auto de infração por incorreta motivação ou, NO MÍNIMO, deve ser reduzida a alíquota de IOF-Câmbio para 5%, considerando a motivação trazida no lançamento.

Ademais, caso realmente fosse possível considerar tais operações como mútuo – o que não o é juridicamente, quanto à aplicação da alíquota de IOF-Câmbio na operação de mútuo pretendida pela autoridade fazendária, importante ressurgir os dispositivos do Decreto 4.494/02 – Regulamento do IOF-Câmbio, vigente à época dos fatos – *in verbis* (Grifos meus):

“Art. 14. A alíquota do IOF é de vinte e cinco por cento (Lei n.º 8.894, de 1994, art. 5.º).

§ 1.º A alíquota do IOF fica reduzida para os percentuais abaixo enumerados:

[...]

II sobre o valor ingressado no País decorrente de ou destinado a empréstimos em moeda com os prazos médios mínimos de até noventa dias: cinco por cento;

[...]”

“Art. 15. Quando houver descumprimento ou falta de comprovação do cumprimento de condições, total ou parcial, de operações tributadas à alíquota zero ou reduzida, o contribuinte ficará sujeito ao pagamento do IOF, calculado à alíquota normal para a operação, acrescido de juros moratórios e multa, sem prejuízo das penalidades previstas no art. 23 da Lei n.º 4.131, de 3 de setembro de 1962, e no art. 72 da Lei n.º 9.069, de 29 de junho de 1995.

Com tais dispositivos, torna-se necessário lembrar que a autoridade fazendária havia motivado o lançamento do IOF-Câmbio à alíquota de 25%(alíquota máxima), sob o argumento de terem sido desobedecidas as condições à adoção da alíquota reduzida, ainda aplicando sobre tal o suposto valor a multa agravada de 150%.

Não obstante ao entendimento da autoridade fazendária, reforçando o que havia me manifestado anteriormente, cabe constatar que não ocorreu por parte do sujeito passivo qualquer descumprimento das condições para se liquidar o câmbio com a natureza das operações aprovadas pelo Bacen. A observância das condições a serem consideradas em cada evento passível de fechamento de câmbio também devem ser revistas pelas Instituições Financeiras autorizadas a operar em câmbio.

Lembro que, na prática, quando há ausência de cumprimento das condições expressas em norma regulatória expedida pelo BACEN ou mesmo quando ocorre inércia por parte da interessada na apresentação de documentos comprobatórios que demonstram a natureza do evento, há solicitação e questionamento antes de se liquidar o câmbio feito pela própria Instituição Financeira responsável por fechar o câmbio, considerando a responsabilidade tributária prevista no art. 12, § 2º do RIOF/2002 (à época vigente).

Cabe também ressaltar que, quanto à instrumentalização da liquidação do câmbio, além de o próprio Bacen ter aprovado as operações apresentadas pela recorrente como responsável pela regulação de câmbio e pelos instrumentos que verticalizam a segurança jurídica da formalização desse evento, “certificou” a execução declarada pela recorrente através dos sistemas de liquidação de câmbio e formalização via contrato de câmbio.

Vê-se que quem é o responsável por essa conferência é o próprio Bacen. Tanto é assim, que o procedimento tributário nesse evento é mera consequência desse evento junto à essa autarquia. E o próprio Bacen em recente alteração regulatória, trouxe que a tributação é mera consequência dos procedimentos a serem observados na operação de câmbio.

Ressurjo com a inteligência do art. 30, § 5º, da Circular 3.691/13 – alterada pela Circular DC Bacen 3.845/17 (Grifos meus):

“[...]”

*§ 5º Nas operações de que trata o § 4º, a entrega e o recebimento de moeda nacional são considerados efetivos para todos os efeitos, inclusive para liquidação de operações de câmbio e **para fins tributários.**”*

Ademais, não há que se falar, no presente caso, na aplicação da alíquota de 25%, pois não ocorreu o descumprimento, bem como a falta de documentos para o cumprimento das condições citadas no art. 15 do RIOF/02, conforme atestado no acórdão recorrido.

Passamos a discorrer, então, sobre a aplicação ou não da alíquota de 5% prevista à época no art. 14, inciso II, do RIOF/02 – lembrando, no caso de se considerar tal operação como mútuo.

Ora, o art. 14, inciso II, do RIOF/02 dispõe que sobre o valor ingressado no País decorrente de ou destinado a empréstimos em moeda com os prazos médios mínimos de até 90 dias, a alíquota aplicável seria de 5%.

Se o evento considerado pela autoridade fazendária é de mútuo e **o prazo de encerramento seria de 14 dias**, correspondente ao interregno relativo ao aporte de capital em VWLe o pagamento pela aquisição das ações de BVW junto a VWA, resta claro que, se mútuo fosse, conforme natureza pretendida pela autoridade fazendária, a alíquota a ser aplicada seria de 5%.

Frise-se tal entendimento, considerando a seguinte constatação:

- O empréstimo se encerrou no prazo de 14 dias – subsumindo-se ao evento previsto no art. 14, inciso II, do RIOF/02 – que traz expressamente que há incidência de IOF à alíquota de 5% sobre o valor ingressado decorrente de empréstimo em moeda com prazo médio mínimo **de até 90 dias**;
- Considerando a fórmula do cálculo do prazo médio mínimo disposto no ADI RFB nº 41/2011 – transcrito abaixo:

***“Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 41, de 1º de agosto de 2011
DOU de 2.8.2011***

Dispõe sobre a incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF) na operação de câmbio e sobre o cálculo do prazo médio mínimo para operações de empréstimos externos.

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL , no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 273 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF n.º 587, de 21 de dezembro de 2010 , e tendo em vista o disposto no Decreto n.º 6.306, de 14 de dezembro de 2007 , declara:

***Art. 1º** As liquidações de operações de câmbio para ingresso de recursos no País, inclusive por meio de operações simultâneas, referente a empréstimo externo contratado de forma direta ou mediante emissão de títulos no mercado internacional com prazo médio mínimo de até setecentos e vinte dias, nos termos do inciso XXII do art. 15 A do Decreto n.º 6.306, de 14 de dezembro de 2007, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 7.457, de 6 de abril de 2011 , sujeitam-se à incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF) à alíquota de seis por cento.*

§ 1º O disposto no caput aplica-se inclusive às operações de empréstimo intercompanhia independentemente do percentual de participação no capital.

§ 2º Considera-se prazo médio mínimo aquele obtido pela média ponderada das parcelas de amortização de principal, utilizando-se como fator de ponderação os respectivos prazos de amortização estabelecidos

para cada uma das parcelas, calculado mediante utilização da seguinte fórmula:

P = Valor do principal;

A n = Parcela de amortização;

d n = Prazo de pagamento da amortização A n ;

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO”

Nesse caso, houve pagamento (pela compra de participação societária. Mas como estamos desconsiderando a compra de participação e considerando como mútuo...) em parcela única e não houve amortização, o “prazo médio mínimo” seria de 14 dias – o que configuraria que o mútuo teriasido contratado com prazo de 14 dias – subsumindo-se ao prazo de “até” 90 dias previsto no art. 14, inciso II, do RIOF/02;

Tal entendimento confere com a sistemática do cálculo do prazo médio mínimo proferido na Solução de Consulta COSIT nº 61, de 2014. O que não é demais expor especificamente que a IN 1396/2013, trouxe em seu art. 9º que a Solução de Consulta Cosit, a partir da data de sua publicação, têm efeito vinculante no âmbito da RFB, respaldam o sujeito passivo que as aplicar, independentemente de ser o consultante, desde que se enquadre na hipótese por elas abrangida, sem prejuízo de que a autoridade fiscal, em procedimento de fiscalização, verifique seu efetivo enquadramento.

O que, por conseguinte, entendo que, se mútuo fosse, dever-se-ia aplicar a alíquota de 5% de IOF-Câmbio,nos termos da legislação vigente à época, Atos Declaratórios emitidos pela RFB e entendimento emitido na Solução de Consulta Cosit que possui efeito vinculante no âmbito da RFB.”

Em vista do exposto, reforço meu voto pela nulidade do acórdão recorrido por inovação ao lançamento pela decisão proferida quanto à alíquota do IOF.

c) Da Nulidade da autuação quanto à competência para a classificação dos ingressos e das saídas de recurso no país que não seria matéria de alçada da Receita Federal e também que o aumento de capital já havia sido aprovado previamente pelo BACEN.

Em relação à essa matéria, recorro parte de minha declaração de voto trazida no acórdão recorrido:

“É de se notar que a Lei 4.728/65 citada acima disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, bem como, entre outros, atribui ao Bacen a competência de autorizar, aprovar e fiscalizar as operações envolvendo as instituições financeiras.

Para melhor elucidar, eis o que dispõem os arts. 3º e 11 dessa Lei (destaques meus):

“Art. 3º Compete ao Banco Central:

I autorizar a constituição e fiscalizar o funcionamento das Bolsas de Valores;

II autorizar o funcionamento e fiscalizar as operações das sociedades corretoras membros das Bolsas de Valores (art. 8º e 9º) e das sociedades de investimento;

III autorizar o funcionamento e fiscalizar as operações das instituições financeiras, sociedades ou firmas individuais que tenham por objeto a subscrição para revenda e a distribuição de títulos ou valores mobiliários;

IV atividades de intermediação na distribuição de títulos ou valores mobiliários ou que efetuem com qualquer propósito, a captação de poupança popular no mercado de capitais.

V registrar títulos e valores mobiliários para efeito de sua negociação nas Bolsas de Valores;

VI registrar as emissões de títulos ou valores mobiliários a serem distribuídos no mercado de capitais;

VII fiscalizar a observância, pelas sociedades emissoras de títulos ou valores mobiliários negociados na bolsa das disposições legais e regulamentares relativas a:

a) publicidade da situação econômica e financeira da sociedade, sua administração e aplicação dos seus resultados;

b) proteção dos interesses dos portadores de títulos e valores mobiliários distribuídos nos mercados financeiro e de capitais.

VIII fiscalizara observância das normas legais e regulamentares relativas à emissão ao lançamento, à subscrição e à distribuição de títulos ou valores mobiliários colocados no mercado de capitais;

IX manter e divulgar as estatísticas relativas ao mercado de capitais, em coordenação com o sistema estatístico nacional;

X fiscalizara utilização de informações não divulgadas ao público em benefício próprio ou de terceiros, por acionistas ou pessoas que, por força de cargos que exerçam, a elas tenham acesso.”

“Art. 11 Depende de prévia autorização do Banco Central, o funcionamento de sociedades ou firmas individuais que tenham por objeto a subscrição para revenda e a distribuição no mercado de títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. Depende igualmente de aprovação pelo Banco Central:

a) a modificação de contratos ou estatutos sociais das sociedades referidas neste artigo;

b) a investidura de administradores, responsáveis ou prepostos das sociedades e empresas referidas neste artigo.”

Considerando os dispositivos descritos, com efeito, resta claro, que o Bacen possui como atribuição a aprovação das operações a serem realizadas pelas Instituições Financeiras, tal como as realizadas pelo Banco Volkswagen S/A. Tanto é assim, que, devidamente, obteve daquela autarquia a aprovação das sucedidas operações realizadas.

Tal aprovação se torna necessária, pois o Bacen atua no sentido de regular e supervisionar o Sistema Financeiro Nacional – SFN e as demais entidades por ele autorizadas a funcionar, com vistas à sua crescente eficiência, zelando por sua liquidez e solvência e buscando a adequação dos instrumentos financeiros.

A atividade de supervisão abrange, entre outros, a observância dos aspectos legais e regulamentares das operações, registros e controles, com aprovação ou não de determinada operação.

Sendo assim, impossível ignorar as atribuições conferidas por lei ao Bacen, qual seja, entre outras, de se aprovar as operações societárias

realizadas pelas Instituições Financeiras. No caso, vertente, o corpo técnico daquela autarquia analisou e aprovou a operação com a natureza regulatória apresentada – o que, por conseguinte, eventual efeito fiscal seria mero reflexo daquelas operações acatadas pela r. autarquia.

Cabe elucidar que o contribuinte também obteve aprovação da CVM que, por sua vez, instituída pela Lei 6.385/76, é responsável por regulamentar, desenvolver, controlar e fiscalizar o mercado de valores mobiliários do país.

Para tanto, exerce as funções de:

- Assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados de bolsa e de balcão;*
- Proteger os titulares de valores mobiliários; evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação no mercado;*
- Assegurar o acesso do público a informações sobre valores mobiliários negociados e sobre as companhias que os tenham emitido;*
- Assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários;*
- Estimular a formação de poupança e sua aplicação em valores mobiliários;*
- Promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social das companhias abertas.*

O que resta clarificar que a CVM e o BACEN, autarquias vinculantes ao Ministério da Fazenda, possui a importante função de trazer a segurança jurídica que satisfaça a pessoa jurídica participante do mercado financeiro e de capitais.

Portanto, quanto às normas regulatórias que norteiam a segurança jurídica da recorrente frente às operações realizadas, resta claro a adoção pela recorrente e a aprovação da natureza da operação pelas autarquias competentes que, por sua vez, são vinculadas ao Ministério da Fazenda.

É como voto.

Ademais, para melhor clarificar as competências, cabe expor que a Receita Federal do Brasil RFB é um órgão específico, singular, subordinado

ao Ministério da Fazenda, exercendo funções essenciais para que o Estado possa cumprir seus objetivos, quais sejam, conforme consta do próprio site daquele órgão:

Administração dos tributos internos e do comércio exterior;

- *Gestão e execução das atividades de arrecadação, lançamento, cobrança administrativa, fiscalização, pesquisa e investigação fiscal e controle da arrecadação administrada;*

- *Gestão e execução dos serviços de administração, fiscalização e controle aduaneiro;*

- *Repressão ao contrabando e descaminho, no limite da sua alçada;*

- *Preparo e julgamento, em primeira instância, dos processos administrativos de determinação e exigência de créditos tributários da União;*

- *Interpretação, aplicação e elaboração de propostas para o aperfeiçoamento da legislação tributária e aduaneira federal;*

- *Subsídio à formulação da política tributária e aduaneira;*

- *Subsídio à elaboração do orçamento de receitas e benefícios tributários da União;*

- *Interação com o cidadão por meio dos diversos canais de atendimento, presencial ou a distância;*

- *Educação fiscal para o exercício da cidadania;*

- *Formulação e gestão da política de informações econômico-fiscais;*

- *Promoção da integração com órgãos públicos e privados afins, mediante convênios para permuta de informações, métodos e técnicas de ação fiscal para a racionalização de atividades, inclusive com a delegação de competência.*

- *Atuação na cooperação internacional e na negociação e implementação de acordos internacionais em matéria tributária e aduaneira.*

Dessa forma, vê-se que não há nas competências da RFB a aprovação das operações a serem praticadas pelas Instituições Financeiras, apenas, entre outros, a gestão e execução das atividades de arrecadação, lançamento, cobrança administrativa, fiscalização, pesquisa e investigação fiscal e controle da arrecadação administrada.

Por ser a RFB um órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, assim como o BACEN e a CVM, enfatiza-se que nenhum deles poderia ter o poder de “extrapolar” a competência atribuída a cada um deles, sob pena de se caracterizar tal ato como originador de conflito de competência, já que subordinados ao mesmo Ministério, gerando, inclusive insegurança jurídica e descrédito da competência atribuída.

No presente caso, é de hialina clareza que a autoridade fazendária está “extrapolando” a competência atribuídas às r. autarquias, trazendo a percepção de desnecessidade e descrédito das aprovações dadas por aquelas autarquias.

Tanto é assim, que a autoridade fazendária desconsidera os atos aprovados emitidos pelas r. autarquias quanto à natureza das operações analisadas pelo corpo técnico de cada uma delas, caracterizando-os, para fins de se cobrar o IOF-Câmbio ora discutido, como suposto empréstimo da VWAG à VWL.

Nota-se claramente o Conflito de Competência com a conduta plasmada.”

Em vista de todo o exposto, voto pela nulidade da atuação quanto à competência para a classificação dos ingressos e das saídas de recurso no país que não seria matéria de alçada da Receita Federal e também que o aumento de capital já havia sido aprovado previamente pelo BACEN.

É de se recordar que o próprio Bacen atestou que a tributação é mera consequência do procedimento a ser observado no fechamento de câmbio pelo sistema do BACEN (Circular 3845/17).

Do mérito

a) Da natureza de câmbio – IED utilizada na operação

No caso vertente, considerando os documentos suportes – entre outros, os atos societários – que respaldaram o contrato de câmbio, bem como a finalidade lá contemplada,

qual seja, aumento de capital da VWL pela VWFSAG (Holding Financeira sediada na Alemanha), bem como ESSENCIALMENTE, A APROVAÇÃO DA OPERAÇÃO PELO BACEN, os recursos ingressados aplicados diretamente no capital da empresa, nos termos da regulamentação do BACEN, devem adotar a natureza de investimento estrangeiro direto.

Os efeitos tributários devem seguir tal natureza, haja vista a regulamentação disposta pelo BACEN, com observância do cumprimento de todas as exigências regulatórias impostas por aquela autarquia (CF, art. 192; Lei 4.595/64, arts. 4º, XXXI, e 10, VII e XI; Resoluções CMN 2.337/96 e 3.040/02; e Circulares 2.990/00 e 3.027/01).

Observe novamente que o interregno em que os recursos objeto de aumento de capital são utilizados pela VWL não desnatura a operação inicial de “aumento de capital” – logo porque os investidores e empresas capitalizadas possuem liberdade econômica para utilizarem, nos termos das normas regulatórias, para não ferir acionistas e a base econômica do país, dos recursos que possuem disponibilidade financeira.

Ademais, não se poderia desconsiderar a natureza da remessa de IED para ROF, pois não se trata juridicamente, no conjunto, como operação de mútuo, tal como é percebida pela autoridade fazendária, eis que se mútuo fosse, como se JUSTIFICARIA A TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DAS AÇÕES.

Ademais, nos termos do art. 586 do CC: (i) mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis; (ii) o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Sendo fungível, de acordo com o art. 85 do CC, os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Em síntese, se considerássemos como sendo operação de mútuo, tal como percebe a autoridade fazendária, trazendo, inclusive, para tanto, a inexistência da VWFSAG – “holding” constituída em anos anteriores e passíveis de várias outras reorganizações societárias aprovadas pelo Banco Central da Alemanha, não haveria que se falar em restituição equalizada do capital cedido, tal como preceitua o art. 586 do CC. Tendo em vista que nada justificaria a entrega das ações BVW da VWAG para a VWL.

Resta dizer, absurdamente, que as r. ações tiveram sua titularidade alterada por conta de doação.

É de se notar ainda, depreendendo-se da análise dos autos do processo, que a autoridade fazendária, em nenhum momento, justificou esse evento, ignorando totalmente a alteração do registro das r. ações objeto de compra e venda.

Recorda-se que a operação de mútuo pressupõe a obrigação de se restituir ao mutuante o que dele recebeu. Se a autoridade fazendária considerou inexistente a empresa VWFSAG para considerar o aumento de capital como mútuo “tomado” e a remessa ao exterior do recurso pela venda das ações BVW como “liquidação do mútuo”, não haveria ainda assim como justificar a passagem das ações BVW entre as empresas VWAG e VWL.

Ademais, se desconsiderássemos todas as empresas, por se caracterizarem como “dependentes societariamente”, seria mútuo para ela mesma?

Recordo novamente que não há como se considerar tal operação como mútuo, pois essa operação pressupõe pessoas mutuantes e mutuários diferentes, além do equilíbrio da prestação financeira.

Sendo assim, entendo que, no máximo, a autoridade fazendária poderia somente discutir a questão da amortização do ágio interno pela BVW após incorporar a VWL, em vista dos entendimentos favoráveis e desfavoráveis proferidos hoje no âmbito do processo administrativo, mas não a descaracterização das operações para assim considerá-los como mera operação de mútuo, pois para assim caracterizá-los deveria conseguir enquadrá-los juridicamente como tal – O que não ocorreu.

Independentemente de entender pela impossibilidade de se caracterizar tais operações como mútuo, **resta também ressurgir que há vedação regulatória de as sociedades de arrendamento mercantil contratar empréstimos no exterior na forma pretendida pela autoridade fazendária**, pois somente “existiria” regulatoriamente tal possibilidade se a r.sociedade de arrendamento mercantil, qual seja, a VWL utilizasse os recursos do empréstimo externo para obtenção de recursos para aquisição de bens para "fins de arrendamento;" aquisição de direitos creditórios decorrentes de contratos de arrendamento

mercantil que contenham cláusula de variação cambial ou aquisição de contratos de arrendamento mercantil que contenham cláusula de variação cambial.

HÁ VEDAÇÃO REGULATÓRIA EXPRESSA de a VWL realizar empréstimo externo conforme quer caracterizar a autoridade fazendária. Eis o que traz o art. 20 da Resolução 2.309, que disciplina e consolida as normas relativas às operações de arrendamento mercantil:

*“Art. 20. As sociedades de arrendamento mercantil e as instituições financeiras autorizadas à prática de operações previstas neste Regulamento podem contratar empréstimos no exterior, **com as seguintes finalidades:***
I obtenção de recursos para aquisição de bens para "fins de arrendamento;"
II aquisição de direitos creditórios decorrentes de contratos de arrendamento mercantil que contenham cláusula de variação cambial;
III aquisição de contratos de arrendamento mercantil que contenham cláusula de variação cambial, observado o contido no art. 22 deste Regulamento.”

E, considerando que o sujeito passivo também recepcionou auto de infração questionando a amortização do ágio interno, é de se considerar esse auto de infração ou o auto de infração do ágio como sendo um ato promovido sem a substância necessária para a sua emissão. Eis que aos atos administrativos tributários deve haver uma relação causal entre o motivo que determinou a prática do ato e o seu conteúdo. O que, entre o fato jurídico tributário e o conteúdo do ato de lançamento deve haver um nexo causal.

Para que a autoridade fazendária possa aplicar a penalidade trazida nos autos de infração, é necessário que o sujeito passivo tenha praticado a ilicitude descrita no normativo fiscal.

Para melhor elucidar, importante recordar que a autoridade trata as mesmas operações, para fins de IR e CSLL, como aumento de capital, com compra e venda de ações a valor de mercado e posterior incorporação – para assim discutir a amortização do “ágio” interno.

E a autoridade trata **essas mesmas operações**, para fins de se exigir o IOF-Câmbio, como mútuo, desconsiderando o aumento de capital e posterior compra e venda de ações a valor de mercado. Ora, a autoridade fazendária configura a mesma operação como operações diversas, para fins de “IR e CS” e “IOF-Câmbio.

Se para a autoridade fazendária aplicar a penalidade trazida nos autos de infração é necessária que a operação considerada como sendo “A” para fins de IOF-Câmbio seja a mesma “A” para o auto de infração que discutirá a amortização de ágio, pois, caso contrário, mais evidente a falta de substância apresentada em pelo menos um dos autos de infração.

Ora, a autoridade fazendária não poderia, por circunstâncias imotivadas e injustificadas, tratar a operação para fins de IR e CSLL de uma forma e, para fins de IOF-Câmbio, a mesma operação de outra forma, descaracterizando todos os eventos juridicamente perfeitos para assim caracterizar como mútuo juridicamente imperfeito, tal como ocorreu no presente caso. Tal condução demonstraria incoerência na motivação trazida pela autoridade fazendária.

Por todo o exposto, no mérito, constatada a falta de substância e considerando a expressa vedação regulatória para a caracterização das operações em conjunto, como sendo mútuo, reforço meu voto por dar, no mérito, provimento ao recurso especial interposto pelo sujeito passivo.

Quanto ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, pelas razões acima expostas, nego provimento ao recurso. O que acompanhei o relator nessa parte.

(Assinado digitalmente)
Tatiana Midori Migiyama