



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

Processo n° 19515.003013/2005-81
Recurso n° 99999 Voluntário
Acórdão n° **1401-000.583 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 29 de junho de 2011
Matéria IRPJ/Reflexos
Recorrente IOCHPE MAXION S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2000, 2002

Ementa: SIMULAÇÃO. PROVA INDICIÁRIA. A prova indiciária é meio idôneo admitido em Direito, quando a sua formação está apoiada em ma concatenação lógica de fatos, que se constituem em indícios precisos, “econômicos” e convergentes. Quando não convergentes como a infração relativa ao ano 2000 cancela-se o lançamento, caso contrário, mantém-se o lançamento como ocorreu na infração relativa à 2002.

SIMULAÇÃO ABSOLUTA. A simulação absoluta presente no caso concreto diferencia-se da simulação relativa na medida em que cria apenas uma aparência que não se destina a ocultar por baixo dela um outro negócio dissimulado, diferentemente, portanto, da outra (simulação relativa) em que e há necessidade da existência de um negócio jurídico oculto, aquele realmente intencionado.

OMISSÃO DE RECEITAS. CARACTERIZADA SIMULAÇÃO. PROVAS.

É simulação quanto à pessoa o negócio jurídico que aparenta transferir direitos a pessoa diversa daquela à qual realmente se transmitem (art. 102 inciso I do Código Civil), que no caso concreto se configura em simulação absoluta quanto à pessoa. A “especial concessão do credor” no caso concreto redundava em perdão da dívida e baixa do passivo sem reflexo correspondente no ativo representando omissão de receitas. A simulação no caso ocorreu no bojo da tentativa de justificar a quitação de dívida de eurobonds emitidos em 1994 não mais através do instituto do perdão da dívida, conforme informado originalmente ao banco central, mas através de complexas operações envolvendo a criação de empresa de fachada no exterior onde após sucessivas transferências de créditos entre empresas no exterior culminou com a quitação daquela dívida assumida em 1994 e que se vencia em 2002, através de operação de dação em pagamento contaminada por negócio jurídico de transferência de crédito considerado simulado quanto à pessoa.

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL DE 150%. CABIMENTO.

Estando devidamente caracterizado a simulação em que o dolo e o evidente intuito de fraude fazem parte de sua própria natureza, justifica-se a aplicação da multa de ofício no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso quanto à omissão de receitas referente ao ano-calendário 2000, pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso quanto à omissão de receitas referente ao ano-calendário de 2002, vencidos os conselheiros Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Sérgio Luiz Bezerra Presta e Karem Jureidini Dias. Declarou-se impedido o Conselheiro Maurício Pereira Faro. Ausente momentaneamente o Conselheiro Fernando Luiz Gomes de Mattos.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner – Presidente

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Karem Jureidini Dias e Viviane Vidal Wagner.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em vista do Acórdão nº 03-18.350, da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Brasília-DF.

Por economia processual, adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

“Contra o sujeito passivo qualificado nos autos foram lavrados os autos de infração de IRPJ fl. 1115/1116, no valor total de R\$ 79.799.176,01, o auto de infração de Contribuição Social fl. 1120/1121, no valor total de R\$ 25.404.811,63.

Ano-calendário 2000

A contribuinte foi intimada a apresentar os registros contábeis das operações de venda de títulos Eurobônus à Valiant.

Em seguida a contribuinte foi intimada a comprovar a compra dos Eurobônus, bem como o preço de aquisição dos referidos títulos, e o registro da remessa de divisas correspondente à operação de aquisição.

Em resposta a contribuinte informou (resumo):

Que emitiu notas de crédito (Euro Short Termo Note Programs). Estes recursos foram depositados junto ao agente vendedor dos títulos Eurovest Global Securities INC – Eurovest, à disposição do emitente;

Mediante operações de “day-trade”, o contribuinte, ao precisar de recursos no Brasil, adquiria ativos no exterior, que eram liquidados com os recursos seus, depositados junto à Eurovest. No mesmo dia da aquisição, esses ativos eram vendidos a investidores no Brasil, que liquidavam a compra com depósito em reais a favor do contribuinte vendedor (Iochpe);

As operações “day-trade” foram contabilizadas apenas pelos seus reflexos patrimoniais;

Nas operações desenvolvidas pelo contribuinte, o instrumento financeiro é a nota de crédito emitida; o “day-trade”, que dela deriva, é instrumento financeiro que garantiu a efetivação da operação original;

O “day-trade, não foi reconhecido contabilmente, conforme lhe facultaria instrução da CVM; não houve remessa de divisas na aquisição dos títulos, pois, os recursos estavam disponíveis no exterior, em razão da captação efetivada mediante a emissão das notas de crédito (Euro Short Termo Note Programs).

A contribuinte foi intimada a apresentar os documentos que comprovassem as operações acima.

A análise da fiscalização é que a distribuidora contratada pelo contribuinte para distribuir os títulos em Euros a curto prazo, a Eurovest ficou interessada a adquirir os mesmos. O fato é que os títulos foram emitidos, mas não liquidados no mesmo ato, assim a contribuinte aceitou a venda sem a imediata contrapartida do preço. Os títulos não foram custodiados por nenhum órgão, estaria sem o ISIN (International Securities Identification Numbering System). Dessa forma, não se fez prova de que esses títulos tenham sido emitidos, e nem de que houve a efetiva compra desses títulos pela Eurovest.

A afirmação que a contribuinte fez de que pagara os Eurobônus (adquiridos da Eurovest) com os recursos de caixa a que tinha direito, pela venda dos títulos em euros a curto prazo à própria Eurovest, não encontra confirmação nos documentos apresentados. Os documentos que provariam a existência dos Eurobônus não foram apresentados, pois, a Eurovest informara que estando nas Ilhas Virgens não seria obrigado a manter registros dos negócios.

Nos contratos de compra, pelos quais a Iochpe adquire da Eurovest Eurobônus não há qualquer referência de que os pagamentos seriam feitos com os pagamentos a que a contribuinte teria direito, em razão da venda para a Eurovest, de títulos a curto prazo.

Na realidade, o contrato que envolve a tradição de um título (que não aparece), em um instrumento particular seria inexistente.

Não haveria, nos contratos, quem representaria as partes. Também não teriam testemunhas (contrato particular) em desacordo com o art. 135 do Código Civil de 1916, então vigente. Ademais, não foram lavrados a registro público, exigência do mesmo artigo daquele código.

A operação de compra dos Eurobônus não está registrada na contabilidade da empresa em desacordo com o art. 251. do RIR/99.

A operação de compra junto à Eurovest tem ares de ficção, tendo sido utilizada para respaldar uma suposta operação de day-trade, pela qual os títulos, uma vez alienados à Valiant, justificassem o ingresso de disponibilidade financeira no patrimônio da Iochpe.

A Valiant tem contra ela representações do Banco Central, pois, ela esta envolvida em operações relativas a transferências internacionais. Adicionalmente, a Valiant possuía patrimônio líquido em 2001 de R\$ 3.610.866,11. Assim, como efetuar pagamento no ano de 2000 de R\$22.277.306,02.

A argumentação de que tais recebimentos tivessem origem na venda, à Valiant, de Euroobrigações adquiridas no mesmo dia da Eurovest, em operação de day-trade, não se sustenta, por falta de provas da existência quer da operação de lançamento de títulos denominados quer da aquisição e conseqüentemente venda das euroobrigações.

Assim, os valores alegadamente recebidos da Valiant são resultados positivos, por representarem acréscimos patrimoniais sem qualquer contraprestação/ônus do contribuinte, e como tal devem ser adicionados ao resultado do exercício.

A conduta da contribuinte foi de tentar iludir a autoridade fiscalizadora de divisas, o Banco Central do Brasil, foi de deixar de declarar, nos livros comerciais e fiscais, a compra dos Eurobônus, ocultando essa operação. Agindo assim, agiu com o propósito de receber recursos, no Brasil mediante operação fictícia com origem no exterior, ou o propósito de internalizar recursos seus no exterior sem a devida comunicação aos órgãos de controle cambial e tributário. Agindo assim tentou impedir a ocorrência do fato gerador. Para obter este fim agiu mediante conluio com a Eurovest e Valiant. Assim, constatado o dolo obteve a multa de 150%.

Ano calendário 2002

A diligência fiscal foi iniciada com o propósito de verificar a remissão de dívida concedida ao contribuinte por credor com sede no exterior.

Descrição dos fatos

- a) O contribuinte emitiu Eurobônus, em nov./94, obtendo assim recursos de 50 milhões de dólares no exterior;*
- b) Em nov. de 1999, empresta a sua subsidiária americana, Iochpe Maxion USA, 30,31 milhões de dólares;*
- c) Na qualidade de credor, cedeu, em dez/00, o seu crédito, junto à subsidiária, americana para a empresa Newbridge, sediada nas Ilhas Cayman; como contrapartida, receberia, em razão da cessão, o valor do contrato em dez/2001;*
- d) A empresa Tugaske, com sede em Delaware, EUA, seria portadora de 38,27 milhões de dólares dos Eurobônus emitidos pelo contribuinte em 1994; mediante contrato de novação com o contribuinte, a Tugaske aceitou prorrogar o vencimento desses títulos de nov/02 para dez/2002, bem como anuiu em receber o seu crédito em reais, ou em créditos do contribuinte;*
- e) Em dez/02, contribuinte transfere o seu crédito (US\$ 38.726.076,67, que alegadamente teria contra a sua subsidiária americana, para a Tugaske, de modo que, com essa dação em pagamento, a Tugaske deu por quitadas todas as obrigações advindas do contrato de novação;*

f) Em comunicado sem data, a Tugaske declara que, com “referência ao contrato de empréstimo” entre a Iochpe e a Tugaske, registrado sob a ROF#TA216148, a Iochpe “está dispensada do pagamento dos valores mencionados acima, através do mecanismo de transferência internacional de reais na data acordada” com base nessa manifestação, o contribuinte Iochpe Maxion S.A. solicitou ao Banco Central o cancelamento dos esquemas de pagamento (principal e juros) relativos ao citado ROF, declarando que a não efetuação da “transferência internacional de reais” se justificaria “por especial concessão do credor”.

A fiscalização afirma que a contribuinte obrou simulação a saber:

a) no contrato de cessão de empréstimo firmado a partir de 1º de dezembro de 2000, as partes Iochpe Maxion S.A. (cedente), Iochpe Maxion USA (tomadora) e Newbridge Strategic Partners (financiadora), são representadas pelas mesmas pessoas físicas. Tal representatividade faz pressupor que a Newbridge é empresa do mesmo grupo;

b) Os contratos de empréstimos INTL 99/255 e INTL 99/259, nas quais o contribuinte era credor da Iochpe maxion USA, já haviam sido transferidos para a Newbridge. Ao fazer a cessão de seus mútuos entre as empresas do mesmo grupo (as Ilas), o contribuinte era credor da Newbridge pelo valor de US\$ 34.844.712,78, em 01-12-2000. Uma vez cedidos, as INTL 99/255 e INTL99/259 seriam exigíveis pelo cessionário, novo titular do crédito inserido nessas Ilas. O contribuinte não tinha qualquer direito sobre as Ilas que alega ter dado em pagamento à Tugaske, uma vez que as mesmas foram objeto de cessão, em data anterior à Newbridge.

c) Não há vantagem financeira para a Newbridge, o que por si só coloca em dúvida o fato de o negócio ser comutativo.

d) Por coincidência a Tugaske adquiriu, no mercado internacional, notas de médio prazo emitidas pelo contribuinte; aceitou receber o seu crédito em reais; e aceitou receber, como pagamento feito em dação, Ilas que já não pertenciam ao contribuinte, mas à Newbridge, que as recebera por contrato de cessão acordado em 2000. Por coincidência, o valor que a Tugaske tinha a receber pelas suas notas de médio prazo (Eurobônus) coincidiram com o valor das Ilas que ela aceitou, em dação em pagamento, o que evitou o transtorno de se calcular o valor que deveria ser pago a título de troca.

e) Em carta não datada, a Tugaske declara que o contribuinte está dispensado do pagamento dos seguintes valores, relativos a contrato de empréstimo registrado no Banco Central sob o ROF# TA 216148: R\$ 135.611.471,12, de principal, e R\$ 1.409.794,25 de juros. O estranho, além de a carta não trazer qualquer datação, é o fato de a Tugaske não fazer qualquer

referência ao acordo pelo qual aceitou a dação das Ilas como pagamento de seu crédito constante nas notas de médio prazo. Ora, dispensar o credor do pagamento de valores não é o mesmo que dizer que o crédito foi quitado mediante dação de pagamento. A contribuinte declarou, em sua carta dirigida ao Banco Central, também sem data, que deixaria de efetuar a “transferência internacional de reais na data ajustada contratualmente por especial concessão do credor...” Para o contribuinte pareceu de pouca importância comunicar ao órgão de controle cambial a sua operação de dação em pagamento, uma vez que preferiu avisar que a não transferência se daria por camaradagem do credor.

f) Os títulos representativos das notas de médio prazo não estavam registrados em qualquer órgão de certificação, sob o código ISIN; desse modo o alegado crédito da Tugaske, no valor de US\$ 38.270.000,00 supostamente derivado das notas de médio prazo (Eurobônus), não estava registrado em qualquer órgão que desse publicidade a esses títulos, de modo a torná-los reconhecidos perante terceiros e dotados de exigibilidade e segurança jurídica para o interessado credor. A Tugaske aceitou substituir a certificação das notas de médio prazo (Eurobônus) por um certificado particular, emitido pelo contribuinte, no qual, entre outras peculiaridades, há a restrição: “fica vedado o registro...”

g) O contrato de novação, datado de 26-11-2002 não identifica as pessoas físicas que representam e manifestam a sua vontade em nome das partes; quanto à pessoa que representa a pessoa jurídica Tugaske, indicada em documento traduzido como sendo o Sr. Ronaldo Aldworth, não há como atestar a sua identidade, uma vez que esse putativo representante legal, nomeado como diretor da Tugaske, não está juridicamente qualificado no instrumento apresentado.

h) O contrato de novação não tem testemunhas, o que o torna anulável à Luz da legislação vigente em 2002.

Conclui-se que a contribuinte arquitetou operação que, pelo aspecto cambial, resultou na falta de remessa de divisas a que se obrigara, a qual se daria pelo pagamento, a ser realizado no exterior, em razão do vencimento das notas de médio prazo (Eurobônus).

O perdão da dívida tem, na legislação do Imposto de Renda, um tratamento equivalente ao da doação. Como representa um aumento do patrimônio líquido, o valor objeto de perdão deve ser adicionado ao resultado do exercício, para efeito de tributação.

Da exposição dos fatos conclui-se que o contribuinte arquitetou operações financeiras junto com a Newbridge e Tugaske. Na realidade, a Newbridge não seria propriamente um terceiro, pois, foi representada pelo presidente e tesoureiro do contribuinte.

DA MULTA QUALIFICADA

A contribuinte praticou fraude, pois, declarou ao Banco Central que por especial concessão de seu credor, Tugaske, deixou de realizar transferência internacional em dólares, com o fim de impedir a ocorrência do Fato Gerador.

Agiu em conluio com outras pessoas jurídicas, não nacionais, com o propósito de praticar o ato fraudulento acima descrito. Por tudo isso, teve sua multa de 150%.

A contribuinte impugna:

IOCHPE-MAXION S.A., pessoa jurídica de direito privado, situada na Rua Luigi Galvani, nº 146, 13º andar, Brooklin Novo, São Paulo, SP, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda sob o nº 61.156.113/0001-75 (Doe. 01), por seus advogados que esta subscrevem, (Does. 02), vem, respeitosamente, à presença de V.Sa., nos termos dos artigos 14 e seguintes do Decreto nº 70.235/72, apresentar tempestivamente sua IMPUGNAÇÃO ao Auto de infração decorrente do Mandado de Procedimento Fiscal nº 0819000/02476/05, lavrado em 31/10/2005, requerendo o seu conhecimento e posterior julgamento pela Delegacia de Julgamento competente, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

I - DA TEMPESTIVIDADE

Nos termos do artigo 15 do Decreto n.º 70.235/72, que rege o processo administrativo tributário federal, o prazo para o oferecimento de Impugnação é de 30 dias contados da data em que for efetivada a intimação da exigência.

Determina, outrossim, o artigo 5º do Decreto n.º 70.235/72 que "os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato", "excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento".

Considerando que a Impugnante veio a tomar ciência da lavratura do auto de infração em 31 de outubro de 2005 (segunda-feira), conforme recibo de fls. 1115 e 1120, o termo final para a apresentação da presente impugnação administrativa é dia 30 de novembro de 2005 (quarta-feira).

Portanto, se interposta até o dia 30 de novembro de 2005 (quarta-feira), como de fato está sendo, a impugnação é tempestiva, razão pela qual deverá ser conhecida e julgada por essa Turma de Julgamento.

II- DOS FATOS

A Impugnante é uma conceituada empresa que atua no ramo de fabricação, usinagem, montagem, distribuição ou venda de quaisquer tipos de motores e veículos, importação de matérias-primas e produtos intermediários, tendo também, como objetivo

social a participação em outras sociedades nacionais ou estrangeiras, como sócia, quotista ou acionista.

Consciente de suas obrigações tributárias, a Impugnante sempre mantém, perante esta Administração, uma postura acima de qualquer crítica, recolhendo os tributos e contribuições devidas em decorrência do exercício de sua regular atividade. Assim, como empresa boa pagadora de suas obrigações tributárias, a Impugnante sempre disponibiliza, ao Fisco Federal, todas as informações que lhe são requeridas, zelando pela fidedignidade delas, o que faz através do cumprimento das diversas obrigações acessórias exigidas pela legislação vigente.

Dentro da conduta, antes mencionada, foi que a Impugnante durante todo o processo de diligências risca realizado através dos Termos de Início de Fiscalização autorizados pelos Mandados de Procedimento Fiscal (MPF) n.ºs 2004-01792-6 e 2005-02476-4 - cujo objetivo era analisar o cumprimento das obrigações, principais e acessórias, dispostas em lei, pela Impugnante - fiscalização essa que se iniciou em 21/09/2004, atendeu todas as solicitações que lhe foram formuladas pelas autoridades fiscais, fossem tais solicitações feitas de forma escrita, fossem verbalmente feitas. Mais do que isso, a Impugnante sempre se colocou, através de seus representantes e procuradores, à inteira disposição desta Administração para apresentar e esclarecer tudo o quanto fosse necessário para fins de melhor compreensão dos atos negociais praticados durante os exercícios de 2000 e 2002.

Ocorre que, em 31/10/2005, a Impugnante foi surpreendida com a lavratura de 02 (dois) autos de infração, ora impugnados, através dos quais as autoridades administrativas estão a exigir, indevidamente, créditos tributários nos valores de R\$ 79.799.176,01 (setenta e nove milhões, setecentos e noventa e nove mil, cento e setenta e seis reais e um centavo) e R\$ 25.404.811,63 (vinte e cinco milhões, quatrocentos e quatro mil, oitocentos e onze reais e sessenta e três centavos), acrescidos de multa, igualmente indevida, de 150% (cento e cinquenta por cento) e juros de mora, a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSSL), respectivamente, relativamente aos anos-base de 2000 e 2002, por entenderem, incorretamente e sem qualquer suporte em qualquer prova ou documento, ainda que indiciárias, que houve omissão de receitas pela Impugnante durante os respectivos exercícios. (Doc.03)

Todavia, não merece prevalecer nenhuma das acusações levadas a efeito através de referida autuação fiscal, na medida em que todo o ato negocia praticado pela Impugnante deram-se nos estritos termos da lei, conforme cabalmente comprovado através de toda a sua documentação suporte.

Neste contexto, demonstrará a Impugnante, de forma clara e objetiva, que não é possível imputar aos atos e negócios jurídicos praticados durante o exercício de 2000 e 2002,

qualquer conduta suspeita ou censurável, pois em todo momento praticou atos válidos e lícitos no exercício regular de sua atividade.

Outrossim, cabe referir que a Impugnante, como contribuinte de boa-fé, acredita no processo administrativo fiscal e na aplicação e respeito aos seus princípios pelas autoridades administrativas responsáveis por sua condução sem que haja qualquer prejuízo para ambas as partes envolvidas no processo. Por esta razão, espera a Impugnante que essa Delegacia de Julgamento, pelas razões de fato e de direito a seguir demonstradas, anule o auto de infração ora combatido.

III- DA NARRATIVA DOS ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS PRATICADOS PELA IMPUGNANTE

III.1. Da operação de "Day Trade" praticada pela Impugnante para disponibilizar, no Brasil, os recursos auferidos no exterior através da captação do "Euro Short Term Note Program"

Antes de adentrar na descrição das operações praticadas pela Impugnante, propriamente ditas, importa ressaltar que diversas vezes, durante o procedimento de fiscalização, bem como na lavratura do Termo de Verificação Fiscal, a autoridade administrativa confundiu "EUROBÔNUS" com "EURO SHORT TERM NOTE" e vice-versa, o que de fato dificultou a sua compreensão acerca da operação realizada. Logo, desde já, a Impugnante esclarece que se tratam, efetivamente, de títulos diversos, os quais tiveram participações diversas nas operações abaixo transcritas, conforme será demonstrado. Senão vejamos:

A Impugnante no exercício de sua atividade econômica emite, regularmente, para captação no mercado internacional, notas de crédito de curto prazo denominadas "EURO SHORT TERM NOTE", conforme demonstra documentação anexa (Does. 04).

Neste contexto, em junho de 2000, lançou no exterior uma operação de captação de recursos através da emissão de referidas notas no valor correspondente a US\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de dólares), conforme cópia dos documentos originais de emissão em inglês acompanhados de respectiva tradução juramentada (Does. 05), bem como da autorização prévia emitida regularmente pelo Banco Central do Brasil - Bacen (Doe. 06). A emissão, em referência, objetivava a captação de recursos com encargos menores que os correntes no mercado brasileiro, fato público e notório (as taxas de juros internas sempre foram, em muito, superiores às taxas praticadas no mercado externo).

Nesta operação, o agente distribuidor dos títulos no mercado internacional, eleito pela Impugnante, era a empresa Eurovest Global Securities Inc. (Eurovest). Integrante do grupo Eurovest, grupo este com credibilidade reconhecida no mercado nacional e internacional (Doe. 07), especializado na estruturação e emissão de títulos corporativos latino-americanos no mercado brasileiro e na negociação de papéis de empresas brasileiras

emitidos no exterior, sendo ainda o agente de pagamento, o Banco Deutsche Bank AG London.

À medida que os "EURO SHORT TERM NOTE" eram vendidos a investidores no mercado internacional (Doe. 08), os recursos oriundos dessa venda eram recebidos pela Eurovest, em conta de sua titularidade no exterior, à disposição da Impugnante, conforme se depreende dos lançamentos contábeis efetivados (Does. 09). Cabe referir, que entre junho e outubro de 2000, houve a venda efetiva de US\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de dólares) do total de US\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de dólares) de notas de crédito emitidas pela Impugnante.

Para tomar disponível no Brasil, de forma mais ágil, os recursos que estavam em poder da Eurovest, a Impugnante adquiriu títulos no exterior, com os recursos obtidos através de referida captação e, em poder de Eurovest, para em seguida vendê-los a empresa investidora brasileira, no Brasil e, dessa forma viabilizar o recebimento dos recursos em território nacional, conforme cópias dos originais em inglês e tradução juramentada dos "Contratos de Compra" (Does. 10).

Os ativos comprados, no exterior, pela Impugnante para permitir o ingresso de recursos no País, de vez que em seguida foram revendidos, eram "EUROBÔNUS" ou "Euroobrigações", na modalidade "Fixed Rate Notes" ou "Médium Term Notes", conforme Certificado de Registro nº B41/00447 do Banco Central do Brasil (Bacen) (Doe. 11). Note-se, desde já, que não faz sentida toda alusão que a autoridade fiscal faz acerca da existência dos referidos títulos, sendo que essa existência foi certificada por autarquia federal e, como tal, dotada de fé pública.

A operação de aquisição de títulos, seguida de revenda, quando realizada no mesmo dia, é designada pela lei brasileira como operação "day trade", regulada para efeitos societários, inclusive contábeis, comerciais e tributários, sendo irrelevante onde estão situados os agentes na operação, no Brasil ou no exterior, sendo apenas relevante que ela gere efeitos no Brasil. Dessa forma, a Impugnante realizou operação "day trade", conforme cópia dos respectivos contratos já referidos, consistindo ela, no seu conjunto, na prática de 02 (duas) operações distintas realizadas no mesmo dia, a saber:

(i) a aquisição de EUROBÔNUS, pela Impugnante, utilizando-se para liquidação de tais aquisições, dos recursos das notas de crédito ("EURO SHORT TERM NOTE") mantidos na conta da Eurovest, distribuidora da emissão, nos seguintes valores (vide Docs.10):

(tabela)

(ii) a venda de EUROBÔNUS, pela Impugnante, à empresa brasileira denominada Valiant -Consultoria e Serviços

Empresariais Lida. (Valiant), conforme comprovam os "Contratos de Compra e Venda de Títulos" (Does. 12).

A operação "day trade", ora descrita, foi o instrumento financeiro adotado pela Impugnante, para permitir a operação de ingresso dos recursos referentes à captação, no exterior, pela Impugnante. De acordo com a Comissão de Valores Mobiliários - CVM (Instrução CVM nº 135/95), denomina-se instrumento financeiro todo contrato que dá origem a um ativo financeiro em uma empresa e um passivo financeiro ou título patrimonial em outra empresa. Além disso, a operação "day trade", em referência, é um derivativo do passivo referente aos títulos "EURO SHORT TERM NOTE", pois o instrumento financeiro original é a nota de crédito, enquanto a compra e venda de ativos (day-trade) que dele deriva, é o instrumento financeiro que garante (confere lastro) à operação pretendida. Nesse sentido, em atendimento às determinações da Instrução CVM nº 235/95, entidade à qual a Impugnante se submete, na qualidade de companhia aberta, foram registrados todos os reflexos patrimoniais da operação de "day trade", em regime de competência, da seguinte forma: (i) na contratação de empréstimo no exterior: conta de passivo (pela obrigação assumida) e conta de ativo (pêlos recursos a receber) e (ii) na realização do ativo que permitiu a liberação dos recursos de captação no Brasil: crédito em conta de ativo pelo ingresso de recursos e pela baixa da disponibilidade a receber.

Outrossim, cabe referir que a operação de "day trade" acima descrita, permitiu à Impugnante tomar disponíveis, no Brasil, mediante depósito em sua conta corrente, parte dos recursos correspondentes à captação das notas de crédito de curto prazo, emitidas em junho de 2000, no valor equivalente à US\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões) (Does. 13):

(tabela)

Importante esclarecer que a Impugnante não tem ou teve conhecimento, e nem tinha interesse em ter, da situação patrimonial da empresa Valiant, a adquirente, no Brasil, dos ativos EUROBÔNUS, utilizados para permitir o recebimento de recursos, no País, posto que os valores acima relacionados de fato foram pagos à Impugnante na data aprazada, nos termos dos "Contratos de Compra e Venda de Títulos" firmados entre as partes envolvidas.

Inclusive, em função do próprio dinamismo do mercado financeiro, caracterizado pela intermediação, não é prática entre compradores e vendedores, nem muito menos é requerido, o conhecimento prévio das partes, fato que nunca ocorre, de vez que cabe ao intermediário ou distribuidor efetivar as operações. Dessa forma descabe argumentar quanto à realização de uma investigação acerca da condição dos negociantes, sendo certo que este papel sempre é feito pela corretora de valores envolvida, como aconteceu no caso em análise.

Toda operação acima descrita foi devidamente reconhecida nas demonstrações contábeis da Impugnante, conforme demonstram os seus livros Diários e Razão (Does. 14). A este respeito cabe referir, inclusive, que TODOS O GANHOS/PERDAS gerados pela referida operação foram reconhecidos contabilmente, COMPONDO, desta forma, O RESULTADO TRIBUTÁVEL DE 2000.

Logo, ao contrário do que restou consignado pelas autoridades administrativas não houve, em momento alguma omissão de receita pela Impugnante que justifique a exigência de crédito tributário da Impugnante através da presente autuação fiscal. Ora, como se alegar que algo foi omitido quando todos os detalhes da operação foram e estão registrados nos livros e registros da companhia e, mais ainda, passaram pelo crivo da autoridade monetária brasileira, ou seja, o Banco Central do Brasil!

Acrescenta-se que o mecanismo de "day-trade" permitiu à Impugnante tomar disponíveis no Brasil os recursos correspondentes à captação já referida, obtendo-se ao final o seguinte resultado:

(i) a Impugnante captou recursos por custos inferiores aos correntes no mercado brasileiro;

(ii) a contraparte "distribuidora" de ativos (Euro Short Term Notes), a Eurovest, no exterior, recebeu a totalidade de recursos correspondentes à colocação dos ativos;

(iii) a Impugnante recebeu, no Brasil, o montante de recursos captados, mediante "venda" local dos ativos adquiridos no exterior, EUROBÔNUS, recebendo em reais o correspondente valor;

(iv) a Impugnante aplicou os recursos recebidos em suas operações no Brasil.

Portanto, a Impugnante foi, em todo momento, fidedigna ao afirmar que tinha como objetivo ao emitir os "EURO SHORT TERM NOTE " captar recursos no mercado internacional com encargos menores que os correntes no mercado nacional, uma vez que foi exatamente isto que se operou. Inclusive, o fato de a Impugnante ter optado pelo recebimento dos valores em reais, no Brasil, através de operações day-trade, em nenhum momento é apto a demonstrar, como alegado pelo agente fiscal, que os valores não foram captados da forma pretendida e, pior, que não foram dirigidos aos objetivos sociais da pessoa jurídica. De onde partiu a d. autoridade fiscal e onde se baseou para tirar tal conclusão não se sabe, eis que toda a documentação que lhe foi apresentada e que se encontra juntada nesses autos indicam justamente o contrário.

Verifica-se, assim, da simples leitura dos fatos acima descritos e dos documentos novamente juntados que, ao contrário do concluído pela autoridade fiscal, a Impugnante efetivamente

realizou 05 (cinco) operações de compra e venda de "EUROBÔNUS" a uma empresa sediada no Brasil como parte de operação de "day-trade", o que é suficiente para afastar a acusação infundada de "omissão de receita" imputada à Impugnante.

III. 2. Da operação de dação em pagamento realizada entre a Impugnante e a empresa Tugaske

De início, importa notar que constam do Termo de Intimação Fiscal, dívidas que já foram objetivamente esclarecidas pela Impugnante em resposta aos termos de diligência fiscal, posto que a mesma pautou-se, durante o processo de fiscalização, de forma a atender todas as solicitações que lhe foram formuladas, as quais serão, novamente, demonstradas, a fim de que não mais persistam dívidas acerca da licitude da operação de dação em pagamento praticada pela Impugnante durante o exercício de 2002.

A dação em pagamento é uma modalidade de extinção de obrigação prevista pelo Código Civil, por meio da qual o credor concorda em receber do devedor, prestação diversa da que lhe é devida. Assim, é da essência do instituto da dação em pagamento a entrega de uma coisa que não seja dinheiro, em substituição da prestação que era devida, através de um acordo de vontades entre credor e devedor.

Em estrita observância ao nosso ordenamento jurídico, a Impugnante realizou uma operação de dação em pagamento, em 29/11/2002, na qual utilizou-se de um crédito que detinha contra sua subsidiária integral, empresa Newbridge Strategic Parmers (Newbridge), para quitar dívida com uma empresa credora, sediada nos Estados Unidos, denominados Tugaske hivestments, LLC (Tugaske).

Neste contexto, para fins de melhor compreensão da operação de dação em pagamento realizada pela Impugnante, demonstrar-se-á adiante, de forma bastante clara e objetiva, a origem do crédito da Impugnante contra a Newbridge e a origem da dívida existente entre a Impugnante e a Tugaske. Senão vejamos.

O crédito detido contra a Newbridge, pela Impugnante, teve como origem um empréstimo da Impugnante à sua subsidiária integral, em Miami, chamada lochpe Maxion USA, Inc. (lochpe Miami), conforme: (i) contrato de mútuo INTL 99-0255, firmado em 03/11/1999, no valor de US\$ 14.310.000,00 (quatorze milhões, trezentos e dez mil dólares) (Doe. 15), (ii) contrato de mútuo 99-0259, no valor equivalente a US\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões) (Doc.16) e (iii) cópia do Livro Razão (Doe. 17). À data da contratação, as importâncias emprestadas representavam R\$ 59.178.656,83 (cinquenta e nove milhões, cento e setenta e oito mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e oitenta e três centavos).

Tais valores foram remetidos, na ocasião, para lochpe Miami, através de Transferências Internacionais de Reais, operações

devidamente autorizadas pelo Bacen e processadas pelo Banco Bradesco S.A (INTL 99-02255) e pelo Banco Unibanco (INTL 99-022), conforme comprovam a cópia das telas de registro dessas operações no Bacen (transação PCAM 260) e cópia dos estratos bancários (Does. 18).

Ocorre que a Impugnante, na qualidade de credora, resolveu substituir-se, em 01/12/2000, na relação de mútuo que mantinha com a empresa devedora, lochpe Miami, pela empresa Newbrigde, outra subsidiária integral da Impugnante mediante cessão de crédito. Esta substituição foi formalizada através do competente "Contrato de Cessão de Crédito" (Does. 19), com base no qual foi cedido o valor de US\$ 34.844.712,78 (Trinta e quatro milhões, oitocentos e quarenta e quatro mil, setecentos e doze reais e setenta e oito centavos), uma vez que os mútuos correspondiam, na data de cessão, já computados os acréscimos contratuais, a US\$ 16.450.935,00 (dezesseis milhões, quatrocentos e cinquenta mil, novecentos e trinta e cinco dólares) e US\$ 18.393.777,78 (dezoito milhões, trezentos e noventa e três mil, setecentos e setenta e sete dólares e setenta e oito centavos), equivalentes à R\$ 68.975.108,94 (sessenta e oito milhões, novecentos e setenta e cinco mil, cento e oito reais, noventa e quatro centavos) na época da operação. Dessa forma, a Impugnante tomou-se credora da Newbridge (Doe. 20).

Este contrato foi aditado pelo "Instrumento de Aditamento", com base no qual as partes em alterar a data de pagamento de 30/05/2001 para 30/11/2002.

A razão de tal transferência se justifica em aspectos de ordem organizacionais da Impugnante que, de forma alguma, alteraram, alteram, desnaturaram ou desnaturam os negócios jurídicos estabelecidos entre as diversas partes envolvidas.

Portanto, o crédito devido pela Impugnante contra a Newbridge, e que veio a ser cedido a Tugaske, teve como origem os contratos de mútuos (i) contrato de mútuo INTL 99-02255. Firmado em 03/11/1999. no valor de US\$ 14.310.000.00. e (ii) contrato de mútuo 99-02259. no valor equivalente a US\$ 16.000.000,00, os quais foram, devidamente, registrados no Bacen e nas demonstrações contábeis da Impugnante, o que demonstra, de forma irretorquível. que tal crédito é bom e válido para a prática de qualquer operação pretendida pela Impugnante.

Feitos os esclarecimentos necessários acerca da origem do crédito que a Impugnante detinha contra a Newbrigde, resta referir que do outro lado, a dívida entre a Impugnante e a empresa Tugaske tinha como origem os EURÓBONUS emitidos em 1994 pela Impugnante, no valor de US\$ 38.270.000,00 (Trinta e oito milhões, duzentos e setenta mil dólares), conforme comprova cópia autenticada da nota certificada física no referido valor em nome de Tugaske (Põe. 21).

Quanto aos EURÓBONUS adquiridos pela empresa Tugaske esclarece-se que, em 08 de novembro de 1994, a Impugnante

contraiu um empréstimo, no valor de US\$ 50.0000.000,00 (cinquenta milhões de dólares) correspondente à R\$ 41.425.000,00 (quarenta e um milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil reais), com juros de 12,375% a.a. perante J.P. Morgan Securities Ltda. (agente do lançamento) e Chase Mahattan Trust and Baking Co. (agente do pagamento), empresas sérias, reconhecidas internacionalmente como das maiores instituições financeiras, para a emissão de referidos títulos no mercado internacional, na modalidade "Fixed Rate Notes", com vencimento em 08 de novembro de 2002, nos termos autorizados pelo Bacen através do Certificado de Registro nº B41/00447 (vide Doe. 11).

Referida operação foi regularmente lançada nos registros contábeis de novembro de 1994 da Impugnante, sendo que nos períodos mensais seguintes (de dezembro/94 a novembro/2002), foram devidamente lançadas as respectivas receitas e despesas de variação cambial (Doe. 22). Outrossim, a exigência dos juros semestrais prevista no contrato à razão de 12,375% a.a., no montante equivalente a US\$ 3.093.750,00, também foi integralmente paga nos seus respectivos vencimentos, conforme comprovam os contratos de câmbio relacionados com a remessa dos juros ora juntados (Docs. 23).

Neste contexto, decorrido oito anos da emissão do EUROBÔNUS (novembro/2002), a Impugnante, honrando a sua dívida, liquidou integralmente o seu empréstimo em dinheiro e com créditos que a Impugnante detinha contra a empresa Newbrigde Strategic Partners (Newbrigde), através de um contrato de dação em pagamento, na forma prevista pelos artigos 356 e segs. do Código Civil Brasileiro.

Em 26 de novembro de 2002, foi firmado um Contrato de Novação entre a Impugnante e a Tugaske (Doe. 24), com base no qual as partes anuíram em: a) prorrogar a data de vencimento do EUROBÔNUS para o dia 08 de dezembro de 2002 (conforme item c das considerações preliminares); b) realizar o pagamento da dívida em reais equivalentes ao valor em dólares americanos convertidos pela taxa de compra oficial de mercado brasileiro, criado pela Resolução CMN 1.552/88 e c) bem como outras cláusulas inerentes à espécie do contrato. Outrossim, referido contrato foi devidamente registrado perante o Bacen sob o ROF n. TA216148 (Doe. 25).

Assim, verifica-se que com base no contrato de Novação, a Impugnante cedeu os direitos creditórios que detinha contra a Newbrigde, no valor total, já computados os juros de US\$ 38.726.076,67 (trinta e oito milhões, setecentos e vinte e seis mil, setenta e seis dólares e sessenta e sete centavos) equivalentes a R\$ 140.827.377,83 (cento e quarenta milhões, oitocentos e vinte e sete mil, trezentos e setenta e sete reais e oitenta e três centavos), para quitar o seu débito no valor atualizado de US\$ 38.723.168,88 (trinta e oito milhões, setecentos e vinte e três mil, cento e sessenta e oito reais e oitenta e oito centavos), equivalente a R\$ 140.822.356,57 (cento e quarenta milhões,

oitocentos e vinte e dois mil, trezentos e cinquenta e seis reais e cinquenta e sete centavos). Conforme demonstram os registros contábeis, a extinção da dívida pertinente à emissão dos títulos foi realizada contra um direito creditório detido contra a Newbridge (terceiro) (Doe. 26).

Feita a dação em pagamento, em referência, a Tugaske declara que expressamente, em 29/11/2002, "aceita a transferência dos créditos e declara que todas as obrigações da lochpe Maxion (Impugnante) sob o acordo de novação foram devidamente pagas" (Doe. 27). Acrescenta-se que por conta desta liquidação, a Tugaske emitiu uma correspondência declarando que com "referência ao contrato de empréstimo"(...) entre a lochpe e a Tugaske, registrado sob o n ROF#ta216148, a Impugnante estava "dispensada do pagamento dos valores mencionados acima, através do mecanismo de transferência internacional de reais na data acordada", por uma única, simples e absoluta razão: tal dívida já havia sido quitada através da transferência, para a Tugaske, dos créditos até então detidos pela Impugnante em face da Newbridge (Doe. 28).

Com base na correspondência emitida pela Tugaske, a Impugnante solicitou ao Bacen o cancelamento dos cronogramas de pagamento da dívida relativa ao Contrato de Novação (registrado no Bacen através do ROF n. TA216148), uma vez que tal transferência de recursos financeiros não mais se justificaria por extinção do crédito, pois, conforme já demonstrado, o contrato foi integralmente liquidado através da referida dação em pagamento (Doe. 29). A carta enviada ao Bacen corresponde à declaração feita pela Tugaske no sentido de que não tinha mais direito de receber o pagamento de seu crédito na data e na forma originalmente aprazadas, pois esse seu crédito, mais uma vez, já havia sido satisfeito.

Assim, ao contrário do que consta do Termo de Verificação Fiscal, conclui-se que não houve nenhum tipo de liberalidade que ensejasse qualquer dívida desta Administração quanto à operação praticada pela Impugnante, pois efetivamente liquidaram-se as obrigações da empresa Newbridge para com a Impugnante e da Impugnante para com a empresa Tugaske, mediante a entrega de crédito da Impugnante contra a Newbridge. Note-se que tal operação, não teve outro fundamento senão o de honrar as dívidas contraídas pela Impugnante em razão da emissão do EUROBÔNUS, atitude esta que ao invés de ser criticada por esta Administração, deveria ter sido festejada, pois somente vem a demonstrar a seriedade que a Impugnante trata as suas dívidas.

Finalmente, resta referir que em relação ao saldo de US\$ 11.730.000,00, que não foi pago através da dação em pagamento, foi procedida sua liquidação conforme os seguintes documentos: a) contrato de câmbio 02/093417 de 05-11-2002 no valor de US\$ 600.000,00; b) contrato de câmbio 02/093112 de

04-11-2002 no valor de US\$ 500.000,00; c) contrato de câmbio 02/092841 de 01-11-2002 no valor de US\$ 400.000,00; d) contrato de câmbio 02/092406 de 31-10-2002 no valor de US\$ 400.000,00;

f) contrato de câmbio 02/043198 de 02-12-2002 no valor de US\$ 6.900.000,00 e g) contrato de câmbio 02/044561 de 13-12-2002 no valor de US\$ 2.930.000,00. (Does. 30), fato este que só vem a corroborar com a licitude de todo procedimento ora demonstrado.

IV. DA LICITUDE DOS ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS PRATICADOS PELA IMPUGNANTE

IV. 1. Da legitimidade da operação de "Day Trade" praticada pela Impugnante

A operação de "day trade", muito comum no mercado financeiro, objeto de regulamentação, inclusive, para fins tributários, consiste em uma compra seguida de revenda, tudo no mesmo dia. De acordo com a lei, considera-se "day Trade" uma operação ou a conjugação de operações iniciadas e encerradas em um mesmo dia, com o mesmo ativo, em que a quantidade negociada tenha sido liquidada, total ou parcialmente.

No caso específico da Impugnante, a operação de "day Trade" foi realizada basicamente através da: (i) aquisição de EUROBÔNUS pela Impugnante com os recursos das "EURO SHORT TERM NOTE"; e (ii) venda dos referidos EUROBÔNUS a uma empresa sediada no Brasil, para tomar disponíveis, no Brasil, os recursos correspondentes à captação já referida. Resumem-se, assim, as operações acima refratadas, em simples contratos de compra e venda de títulos entre a Impugnante e a Eurovest e a Impugnante e, no caso concreto, a empresa brasileira denominada Valiant.

Assim, a negociação em apreço foi regida pelas disposições gerais da compra e venda, previstas nos artigos 1.122 e seguintes do Código Civil de 1916, correspondendo o negócio praticado ao contrato em que uma pessoa (vendedor) se obriga a transferir a outra (comprador) o domínio de uma coisa corpórea ou incorpórea, mediante o pagamento do preço ajustado. Logo, são três os elementos constitutivos do contrato de compra e venda, comuns a todo e qualquer contrato, essenciais à sua existência: a coisa, o preço e o consentimento entre contratantes.

A coisa, ou seja, o objeto transacionado nos contratos de compra e venda firmados pela Impugnante, foi os EUROBÔNUS, conforme devidamente atestado pelo certificado de registro emitido pelo Bacen e, determinado, conforme "Contratos de Compra" firmados entre a Impugnante e a Eurovest e "Contratos de Compra e Venda de Títulos" firmados entre a Impugnante e a empresa brasileira, o que de per si basta, conforme entendimento pacífico de nossa doutrina, para atestar a existência do título transacionado.

Cabe, ainda, observar que a empresa Eurovest (VENDEDORA) expressamente declara e garante à Impugnante através de referidos instrumentos que: "(b) A VENDEDORA é legítima proprietária das EUROOBRIGAÇÕES que estão livres e desembaraçadas de quaisquer ônus, penhor, demandas ou outros gravames de qualquer espécie." (grifos nossos). Aliás, ao contrário do afirmado no Termo de Verificação Fiscal, as EUROOBRIGAÇÕES foram perfeitamente identificadas no anexo dos referidos contratos através do seu valor nominal, data de vencimento, número de registro perante o ISIN ("Internacional Securities Identification Numbering System") e preço de compra em dólares americanos.

O mesmo procedimento foi adotado pela Impugnante quando firmou "Contratos de Compra e Venda de Títulos" com a empresa Valiant, sendo que novamente constou do anexo de referidos contratos toda individualização necessária dos títulos para tomar determinado o objeto transacionado.

A propósito, oportuno mencionar a afirmação feita pelo Sr. Fiscal quando da lavratura do Termo de Verificação Fiscal no seguinte sentido: "Entre o documentos apresentados, estão os CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE TÍTULOS, pelos quais se confirmam as operações de venda de títulos acima referidas." (grifos nossos), o que demonstra o equívoco da lavratura do presente auto de infração. Portanto, verifica-se que a própria autoridade administrativa reconheceu a validade de referidos títulos, sendo no mínimo contraditório o fato dela reconhecer que os referidos instrumentos comprovam e confirmam uma operação que, segundo o seu relatório, não teria existido.

Neste contexto, foi devidamente comprovada pela Impugnante a efetiva existência do objeto contratual em apreço, sendo completamente infundada qualquer desconfiança acerca da existência do compromisso de compra e venda entre a Impugnante e as empresas Eurovest e Valiant, quando da lavratura do Termo de Intimação Fiscal.

No que tange ao segundo elemento constitutivo da relação contratual de compra e venda, determina o artigo 1.122 do Código Civil (atual artigo 481 do referido diploma), que o preço pago pelo comprador deverá constituir uma soma em dinheiro, sendo que a nossa doutrina e jurisprudência admitem a realização do pagamento mediante coisa representativa de dinheiro ou a ele redutível, tais como, cheque, duplicata e nota promissória.

Ainda nos termos da lei civil, necessário referir que é livre a determinação do preço pelas partes no contrato de compra e venda, constituindo-se em exceção, criada em favor do comércio, a validade da venda comercial feita pelo justo preço. Logo, a fixação do valor do contrato de compra e venda depende única e exclusivamente da vontade dos contratantes, segundo a

utilização de critérios e parâmetros que melhor atendam aos seus interesses.

O preço, portanto, deverá apresentar as seguintes características: peculiaridade, seriedade e certeza. No caso em tela, o preço envolvido foi claramente identificado nos anexos de seus respectivos contratos e correspondia ao real valor dos títulos em questão. Nos "Contratos de Compra" firmados entre a Impugnante e a Eurovest o preço está expresso em dólares americanos, enquanto que nos "Contratos de Compra e Venda de Títulos" firmados entre a Impugnante e a empresa brasileira está indicada o preço de compra em dólares norte-americanos convertidos em moeda nacional, pelas taxas praticadas no mercado de taxas flutuantes, indicado como "preço de compra". Logo, de fato os preços praticados pelas Impugnantes foram verdadeiros e sérios em toda sua essência, não tendo sido fixado em momento algum com o intuito de simular ato diverso.

Finalmente, quanto ao consentimento entre contratantes, é fato que ele existiu, tanto que o contrato foi integralmente observado e cumprido pelas partes interessadas com a efetiva transferência da propriedade dos títulos e pagamento dos valores acordados, conforme atestam toda a documentação comprobatória juntada.

Outrossim, a Impugnante demonstrou, em resposta aos termos de intimação fiscal, a identidade e a qualificação jurídica das pessoas que assinaram os "Contratos de Compra" nos termos do artigo 172 do Código Civil, através de cópia dos documentos societários e procuração da Eurovest Securities Inc. e da Impugnante. (Docs. 31)

Verifica-se que todos os atos jurídicos praticados pela Impugnante foram completamente legais, tendo sido a vontade lícita contratada pelas partes sempre exteriorizada através de todos os instrumentos jurídicos acima referidos.

Portanto, da análise séria e comprometida dos contratos que suportaram as operações de "day trade" em comento, conclui-se de forma extrema de dúvidas que não se trata de ato praticado com a finalidade de reduzir ou eliminar o fato gerador da obrigação tributária, mas sim no âmbito de uma prática administrativa séria, necessária e, portanto, justificada e justificável, devendo ser anulada "in totum" a exigência fiscal.

V. 2. Da legítima operação de dação em pagamento realizada entre a Impugnante e a empresa Tugasko

O instituto da dação em pagamento está previsto nos artigos 995 e seguinte do vetusto Código Civil e consiste basicamente na extinção de uma obrigação consistente no pagamento da dívida mediante a entrega de um objeto diverso daquele convencionado. Ou seja, a dação em pagamento é um acordo de vontades entre credor e devedor, por meio do qual o primeiro concorda em receber do segundo, para exonerá-lo da dívida, prestação diversa da que lhe é devida - é uma das formas

consideradas como pagamento indireto visando a extinção de obrigações.

A liberdade na dação em pagamento é bastante ampla, cabendo às partes a decisão quanto ao bem a ser entregue. Assim, a dação em pagamento pode se caracterizar, mediante acordo, substituição de dinheiro por bem móvel ou imóvel, de uma coisa por outra, de coisa por fato, de dinheiro por título de crédito, de dinheiro por crédito, etc.

No caso específico da Impugnante, a dação em pagamento operou-se pela utilização de um crédito (ativo a receber) que a Impugnante detinha contra a empresa Newbridge, para quitar sua dívida em dinheiro com a empresa Tugaske, pela titularidade dos EURÔBONUS, emitidos, em 1994, pela própria Impugnante.

O crédito cedido pela Impugnante (no contrato referida como cedente) a Tugaske, contra a Newbridge (no contrato referida como financiadora), era o ativo a receber a que o Impugnante tinha direito em contrapartida a cessão de créditos, consubstanciado em contratos de mútuo, realizados em favor da Newbridge durante o ano-calendário de 2000, conforme previsto no "Contrato de Cessão de Empréstimo" da seguinte forma:

“3 Condições de pagamentos será devidamente pago pela Financiadora à Cedente em 31 de maio de 2001. Entretanto, esse pagamento poderá ser efetuado ou adiantado ou postergado através de adiantamentos escritos entre as partes 3.1. A Financiadora também deverá pagar uma importância adicional equivalente às participações proporcionais acumuladas de cada empréstimo individual em conformidade com a taxa de juros determinada em cada um dos referidos contratos de empréstimo entre e inclusive 1º de dezembro de 2000 e a data em que o referido pagamento for efetivamente realizado.” (Grifos nossos)

Acrescenta-se que a data do pagamento do crédito, pela Newbridge, à Impugnante foi devidamente alterada de 31 de maio de 2001 para 30 de novembro de 2002, através do competente Aditivo ao Contrato de Cessão de Empréstimo (vide Doe. 19). E fato, portanto, que a Impugnante detinha um crédito contra a Newbridge, oriundo do "Contrato de Cessão de Empréstimo", crédito este que foi legitimamente utilizado para quitar a sua dívida com a empresa Tugaske.

Assim, a despeito do inconformismo demonstrado pela autoridade fiscal acerca da validade da operação de dação de pagamento realizada pela Impugnante, é fato que ela é lícita nos termos de nosso ordenamento jurídico, estando tudo devidamente documentado e registrado.

Portanto, é totalmente dispicienda de fundamento toda análise feita no Termo de Verificação Fiscal pela autoridade fiscal no sentido de que não teria identificado (ou não quis identificar) o interesse das partes em promover referida dação em pagamento, inobstante a Impugnante tê-lo exaustivamente demonstrado durante todo o processo de fiscalização. Ademais, toda a

operação foi realizada nos estritos termos preconizados em lei, não havendo porquê questionar a sua existência diante da liberdade das partes em convencionar.

Contrato, do latim "contraem", é trato com. E a combinação de interesses de pessoas sobre determinada coisa. E "o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um Direito"³, como afirmado pelo Mestre Washington de Barros Monteiro. Nesse sentido, não cabe à Administração Federal questionar os interesses das empresas que resolvem acordar, segundo sua vontade e necessidade, para fins de exercício regular de sua atividade econômica.

Outrossim, a Impugnante demonstrou, em resposta aos termos de intimação fiscal, a identidade e a qualificação jurídica das pessoas que firmaram os contratos, através de cópia autenticada dos documentos societários da empresa Tugaske e Newbrigde (Does. 32).

Assim, verifica-se que foram plenamente válidos e lícitos todos os atos e negócios jurídicos praticados pela Impugnante que ensejaram a liquidação das obrigações da empresa Newbrigde para com a Impugnante e da Impugnante para com a empresa Tugaske, mediante a entrega de crédito da Impugnante contra a Newbridge, em observância ao referido Contrato de Novação.

Ou seja. Comprovou-se que não houve remissão e/ou perdão de dívida, mas sim. Pagamento de uma dívida através do instituto da dação em pagamento previsto em nosso ordenamento jurídico.

IV. 3. Do livre exercício de atividade econômica e do direito de propriedade

Como se verifica, através dos fatos acima expostos, toda questão debatida nos presentes autos está diretamente relacionada ao legítimo exercício do direito de propriedade e livre exercício de atividade econômica conforme o princípio da legalidade, garantias constitucionais inalienáveis e que não podem ser desprezadas no conjunto da análise dos fatos. Note-se que procura a Impugnante, apenas e tão somente, demonstrar que os dispositivos previstos no Código Civil que autorizam expressamente a realização das operações devem ser ainda interpretados em conjunto com as diretrizes e garantias gravadas nos arts. 5º, XXII, 150, I e 170, parágrafo único da Constituição Federal que, por sua vez, se concretizam no âmbito da legislação infraconstitucional, no sentido de não ser possível imputar a prática de qualquer ilícito ao contribuinte que age no EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO (antigo Código Civil, art. 160, I = 188, I do atual), assegurado pela LEI (Código Tributário Nacional - art. 97, I).

Já se verificou que a interpretação adotada quando da lavratura do auto de infração, ora combatido, não pode prevalecer, pois os negócios jurídicos celebrados pela Impugnante são atos válidos e lícitos, não contêm qualquer falsidade ideológica ou

documental, e todos os seus efeitos, queridos e desejados pelas partes foram e estão documentalmente exteriorizados. De fato, não se pode considerar "estranha" uma conduta que o próprio ordenamento jurídico prevê como possível e que à época era necessária para atender aos fins sociais da empresa, sendo que não houve qualquer prejuízo a terceiros na efetivação de referidos negócios.

Estaria a Impugnante cometendo algum abuso ao realizar uma legítima operação de "Day Trade" para receber os recursos auferidos no exterior através da captação das "Euro Short Term Note" ou ao realizar uma legítima operação de dação em pagamento entre a Impugnante e a empresa Tugasko? É claro que não!

O que se coloca aqui em-discussão é se operações (condutas) expressamente admitidas pelo ordenamento jurídico podem ser simplesmente desprezadas pelo fato de a mesma ter sido considerada de forma subjetiva como "estranha" em razão de critérios estabelecidos não pela lei, mas pela equivocada interpretação do agente fiscal.

Segundo já demonstrado, no caso concreto, não há apenas um, mas vários motivos determinantes para a realização das operações acima descritas, que comprovam que tais operações eram absolutamente necessárias ao exercício regular da atividade econômica da Impugnante.

Trata-se, portanto, de ato praticado indiscutivelmente dentro daquela esfera de liberdade que os indivíduos têm de agir com base exclusivamente em sua vontade, tendo objetivo econômico e societário que não se desvia dos fins que lhes são próprios, normais e usuais.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais que entendem ser ilegal a descaracterização dos contratos de leasing (mutatis mutandi) pelas autoridades fiscais, por configurar violação aos princípios da legalidade e da liberdade de contratar, conforme se depreende da seguinte ementa:

“TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - LEASING - VALOR RESIDUAL ÍNFIMO - LIMITES - COMPRA E VENDA - DESCARACTERIZAÇÃO - GLOSA DE DEDUÇÕES - IRPJ E PIS! (...)”.

2. NA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DEVE PREVALECER A VONTADE E A LIBERDADE DE CONTRATAR, SENDO QUE AS LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE SOMENTE PODEM VERIFICAR-SE MEDIANTE RESERVA LEGAL, E, PORTANTO, NÃO SENDO RAZOÁVEL QUE SE IMPONHA AO CONTRIBUINTE CONDUTA DIVERSA E OBSTACULIZADORA DAQUELA AUTONOMIA DA VONTADE.” (TRF- 1ª Região-Processo nº 199501077098-4a Turma)

A propósito, a jurisprudência administrativa e judicial vem se manifestando no sentido de que se o negócio é realmente praticado (pretendido) pelo contribuinte e a vontade real de praticar o negócio coaduna-se com a disciplina legalmente prescrita para produzir os efeitos que lhes são pertinentes, é legítimo o ato ou negócio jurídico escolhido pelo mesmo. No caso presente, efetivamente ficou comprovado que não houve qualquer aspecto em desconformidade com esse entendimento, (sendo um impropério) entender que as operações praticadas pela Impugnante tiveram como objetivo omitir receitas auferidas do Fisco Federal.

Afirmar que a operação é ilícita, por julgá-la estranha ou porque não a entendeu e por isso ela é estranha, implica em TRIBUTAÇÃO ARBITRARIA e sem fundamento, posto que não é fundamentada em LEI, mas puramente num entendimento sem embasamento ou fundamento.

Ademais, não afastar a presente autuação nos termos em que foi lavrada, implicará em negativa ao instituto de direito privado, expressamente acolhido pela legislação tributária (art. 58 do Decreto-lei nº 1.598/77), em manifesta violação aos arts. 97, I, 110 e 142 do CTN, deixando, assim, a Administração, de aplicar a norma de regência em consonância com os demais princípios e garantias que norteiam a sua interpretação.

De fato, estatuem os arts. 5º, XXII, 150, I e 170, parágrafo único da Constituição Federal:

"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à liberdade, à igualdade, à segurança e

à propriedade (...)

(...)

XXII - É garantido o direito de propriedade.

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios":

I — exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;"

"Art.170. (...)"

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

Por seu turno, os arts. 97 I e 142 do CTN são claros no sentido de que somente a lei pode estabelecer os critérios para a criação, lançamento e exigência do tributo, verbis:

"Art. 97. Somente a lei pode estabelecer":

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível."

Neste contexto, não há dúvida de que, no Estado de Direito Brasileiro, ao mesmo tempo em que é vedado à administração utilizar critérios subjetivos na atividade de lançamento, É ASSEGURADO AO INDIVÍDUO CONDUZIR SEUS NEGÓCIOS DE ACORDO COM AS DISPOSIÇÕES DAS NORMAS JURÍDICAS VIGENTES, DENTRO DE CRITÉRIOS RAZOÁVEIS E PROPORCIONAIS, atendendo os fins sociais da empresa, observando-se a moldura das normas e princípios constitucionais, somente estando impedido de praticar aqueles atos ou negócios expressamente vedados pela lei ou praticados mediante abuso, o que representa apenas um dos desdobramentos ou facetas da garantia do direito de propriedade e livre exercício de atividade econômica; o outro desdobramento desta garantia tem o sentido de que, não impedido o negócio, nem sendo ele abusivo, nos estritos termos do Código Civil ao cuidar do abuso de direito, mas, como demonstrado, praticados dentro de critérios justos e razoáveis, os efeitos que lhes sejam próprios não podem ser negados, sob pena de caracterizar a própria negativa de aplicação da lei - e do próprio Direito!

Dentro dessa esfera de liberdade, encontra-se aquela atinente ao direito de contratar, ou seja, de praticar atos ou negócios com outros sujeitos de direito, em conformidade com os institutos e formas contemplados no ordenamento jurídico, respeitados os direitos de terceiros interessados. Todavia, é sabido que essa liberdade não é ampla, mas é a legislação, isto é, A LEI a única que tem o poder de definir quando o ato será considerado nulo ou anulável.

No caso dos autos, o então vigente Código Civil, em seus arts. 145 e 147 estipulavam os casos de nulidade e anulabilidade do ato jurídico (e, portanto, a hipótese de sua possível descon sideração pela autoridade fiscal), nos seguintes termos:

“Art. 145. E nulo o ato jurídico”:

I - Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5º). n - Quando for ilícito ou impossível o seu objeto;

III - Quando não revestir a forma prescrita em lei;

IV - Quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade.

V - Quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito.

(...)"

Art. 147. É anulável o ato jurídico:

I - Por incapacidade relativa do agente (art. 6º);

n - Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude (arts. 86 a 113).

No caso concreto, conforme demonstrado nos itens anteriores, não há como se falar em nulidade dos atos jurídicos praticados pela Impugnante, conquanto: (i) o ato não foi praticado por pessoa absolutamente incapaz, conforme já demonstrado; (ii) o objeto das operações financeiras realizadas pela Impugnante não é ilícito ou impossível e não se desvia da finalidade econômica que lhe é própria; (iii) foi observada a forma prescrita em lei (Código Civil) e; (v) a lei não declara taxativamente o ato como sendo nulo ou lhe nega efeito.

Também não há que se falar em anulabilidade do ato, na medida em que foi praticado por agente absolutamente capaz e não resultou de vício decorrente de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, abuso ou desvio de sua finalidade econômica. E o caso clássico, portanto, de ato praticado no exercício regular de um direito, sem que houvesse exigibilidade de conduta diversa pelo ordenamento jurídico.

Portanto, a prática de operações lícitas que atendam aos seus interesses econômicos é direito do contribuinte de índole e fundamento constitucional, pois está fundado no direito de propriedade que outorga ao proprietário atributos de uso, gozo e disposição dos respectivos bens, da forma a melhor atingir as suas pretensões. Ou seja, deve prevalecer para fins de aplicação da legislação fiscal, o negócio jurídico praticado pelo contribuinte no âmbito da autonomia de sua vontade, em conformidade com as garantias constitucionais do direito de propriedade e livre iniciativa.

V. DA INAPLICABILIDADE DE MULTA MAJORADA EM VISTA DA INEXISTÊNCIA DE FRAUDE

Conforme se verifica dos autos, a fiscalização procedeu ao agravamento da multa de ofício em 150% (cento e cinquenta por cento) nos termos previstos pelo inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, por entender que a Impugnante teria praticado fraude e conluio mediante:

a) a omissão de receitas operacionais no ano-base de 2000 de valores recebidos através de contrato de compra e venda de títulos (EUROBÔNÜS) à empresa Valiant, no montante equivalente à R\$ 22.277.306,02, o que representa suposta falta de recolhimento de imposto no valor de R\$ 2.109.786,72, com aplicação de multa de 150% (cento e cinquenta por cento) no

valor de R\$ 3.164.680,07 e juros de mora no valor de R\$ 1.731.501,96. Neste caso, a autoridade administrativa entendeu que houve omissão de receita no ano-base de 2000, pois, segundo seu equivocado entendimento, não ficou comprovado, durante as diligências realizadas e a fiscalização autorizada pelo MPF nº 0819000/02476/05, a origem dos valores recebidos pela Impugnante da empresa Valiant, tendo a Impugnante recebido recursos do exterior através de uma operação ficta que teve como único objetivo "impedir a ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL sobre o acréscimo patrimonial decorrente do recebimento de R\$ 22.277.306,02 pela Valiant".

(b) omissão de receita operacional no ano-base de 2002 em virtude de suposto perdão de dívida concedido pela empresa Tugasko à Impugnante, no montante equivalente à R\$ 140.827.377,83, o que representa a suposta falta de recolhimento de imposto no valor de R\$ 24.457.617,60, com aplicação de multa de 150% no valor de R\$ 36.686.426,40 e juros de mora no valor de R\$ 11.649.163,26. Em relação à essa omissão, a autoridade fiscalizadora concluiu que a Impugnante idealizou uma operação que do ponto de vista fiscal, representou "uma remissão de dívida, a benefício do contribuinte", com o objetivo "de impedir a ocorrência de fato gerador sobre o acréscimo patrimonial decorrente do perdão de dívida registrada no passivo, de modo a reduzir o montante de IRPJ e CSLL devidos no ano-calendário 2002"

No que tange ao agravamento de multa aplicada pela autoridade fiscal, impende observar que, de acordo com a redação do inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, o alcance do conceito de fraude e conluio está delimitado nos artigos 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, in verbis:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição: (...)."

"II. 150% (cento e cinquenta por cento), nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis."

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

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72. (Destaques nossos)

Verifica-se da simples leitura dos artigos acima reproduzidos que é possível concluir que o nosso ordenamento jurídico exige que o intuito de fraude, para fins de aplicação da multa

majorada, seja EVIDENTE, que aflore com tal certeza e clareza que não se possa suscitar nenhum tipo de dúvida acerca da má fé dos atos e negócios jurídicos praticados pela empresa, com o único objetivo de infringir a lei, cabendo à Administração, na prerrogativa de fiscalizar os contribuintes, apresentar provas (e, não simples "suspeitas") conclusivas e irrefutáveis acerca da conduta configurada, além de contrária à lei como fraudulenta, com a intenção dolosa de esconder o fato gerador da obrigação tributária da Administração.

Em outras palavras, a fraude tributária implica necessariamente em violação grave e frontal de deveres tributários principais e acessórios, tais como falsificar documentos, livros, etc., ou seja, é toda ação ou omissão praticada com ardil, astúcia, malícia ou má fé, com o qual o sujeito passivo visa impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária ou que implica a modificação de algum dos aspectos (material, quantitativo, pessoal, territorial ou temporal) da relação jurídica tributária, típicos fenômenos da evasão de tributos praticados, quase sempre, em decorrência de comportamentos criminosos.

Nesse sentido, há inúmeras decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes e Câmara Superior de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, dentre as quais, destaca-se as relativas às ementas abaixo reproduzidas:

"IRPJ. Simulação na Incorporação. Para que se possa materializar (a simulação) é indispensável que o ato praticado não pudesse ser realizado, fosse por vedação legal ou por qualquer outra razão. Se não existia impedimento para a realização da incorporação tal como realizada e o ato praticado não é de natureza diversa daquela que de fato aparenta, isto é, se de fato e de direito não ocorreu ato diverso da incorporação, não há como se qualificar a operação de (sic) simulada. Os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado, portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais conseqüências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão e não evasão ilícita." (Acórdão CSRF/01.874/94) (Grifos nossos)

IRPJ E CSL - ATO SIMULADO - CARACTERIZAÇÃO-QUANTIFICAÇÃO-Para que fique caracterizada a ocorrência da prática de simulação perpetrada pela contribuinte é preciso determinar a motivação e a conseqüência do ato simulado com a identificação da vantagem auferida.

Não conseguindo o Fisco vincular quantitativa e temporalmente a exclusão de ganho na equivalência patrimonial oriunda de participação societária no exterior diretamente aos fatos que alega terem sido dissimulados, ganho de capital na venda de ativo permanente ou reavaliação de ativo ocorrida anteriormente, não pode prosperar a exigência Hscal (Processo 10865.000990/2001-59, Acórdão 108-07316, Oitava Câmara, Sessão 19/03/2003)

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA. - Presente a relação negociai entre as partes contratantes, do que resulta celebração de negócio jurídico efetivo, afastada está a figura do ato jurídico simulado. (Processo 11080.011718/98-19, Acórdão 101-93983, Sessão 16/10/2002)

IRPJ- CSLL- SIMULAÇÃO - OPERAÇÕES DE SWAP- Para que se possa caracterizar a simulação relativa é indispensável que o ato praticado, que se pretende dissimular sob o manto do ato ostensivamente praticado, não pudesse ser realizado por vedação legal ou qualquer outra razão. Se as partes queriam e realizaram negócio sob a estrutura de swap para atingir indiretamente economia de tributos não restou caracterizada a declaração enganosa de vontade, essencial na simulação. (Processo 16327.002725/99-11, Acórdão 101-93616, Primeira Câmara, Sessão 20/09/2001)

Desta forma, fraude à lei deve ser compreendida sempre como uma ação ilícita que vise enganar o Fisco sobre a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, ou seja, ocorrido o fato gerador da obrigação tributária principal, a conduta ilícita do contribuinte que vise ludibriar a Administração, negando a ocorrência do fato gerador ou alterando suas características essenciais de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitar ou diferir seu pagamento. Para haver fraude é imprescindível se ter presente o dolo específico, onde a intenção do agente é eximir-se, exonerar-se e agir com o propósito e objetivo de não recolher o tributo devido. E fundamental que o agente tenha tido a intenção dolosa de cometer a fraude, ou seja, o conhecimento da ilicitude e a vontade de praticá-la.

No caso em exame, segundo foi exaustivamente demonstrado pela presente, não merece prevalecer nenhuma das acusações ("a" e "b") formalizadas no auto de infração ora combatido, pois de fato NÃO HOUVE OMISSÃO DE RECEITA PELA IMPÜGNANTE nas operações por ela praticadas: PRIMEIRO, porque todos os atos e negócios jurídicos praticados pela Impugnante em conformidade aos seus interesses sociais observaram rigorosamente os termos da lei; SEGUNDO, porque todas os ganhos/perdas (supostamente omitidas) foram efetivamente reconhecidas nas demonstrações contábeis da Impugnante e, portanto, compuseram o resultado da mesma durante o exercício de 2000; e TERCEIRO, porque não houve remissão de dívida, mas tão somente liquidação de dívida através de negócio jurídico de legítima dação em pagamento no exercício de 2002.

Portanto, NÃO há como imputar, em hipótese alguma, à Impugnante condição de empresa fraudadora, tal como tenta fazer crer a Autoridade Fiscal, pois a mesma praticou em todo momento apenas operações LÍCITAS, necessárias para o regular exercício de sua atividade, tendo, inclusive, já sido comprovado que as receitas "supostamente" omitidas foram devidamente computadas no resultado tributável dos respectivos exercícios.

Acrésciente-se que os atos e negócios jurídicos em análise FORAM PLENAMENTE DECLARADOS, e isto por si só, afasta a possibilidade de caracterizá-los como forma de fraude, conquanto buscou-se trilhar o caminho mais adequado na busca do negócio jurídico pretendido, cujos efeitos foram assumidos e exteriorizados no contexto das suas estratégias empresariais.

Assim sendo, verifica-se que não houve a conduta FRAUDE praticada pela Impugnante, muito menos de conluio com outras empresas, de forma que, à mesma, não pode ser imputada multa de 150%, tal como previsto na Lei nº 9.430/96 (art. 44), devendo a mesma ser anulada.

Não obstante a inaplicabilidade de multa no caso em concreto, por absoluta inocorrência de qualquer infração pela Impugnante, merece destaque, pela eventualidade da argumentação, a necessidade imperiosa de no mínimo minorar referida multa, por não estarem presentes os atos caracterizadores de evidente intuito de fraude, exigidos pela norma legal acima transcrita, de vez que todos os atos foram estruturados na forma da lei, não havendo qualquer falsidade material ou ideológica, pois devidamente certificados pelo Bacen e regularmente contabilizados, declarados e registrados, sendo apresentados a esta Administração todos os documentos assim que requeridos nada tendo sido ocultado.

Inclusive, repita-se, durante o processo de fiscalização, a Impugnante atendeu rigorosamente a todas as solicitações que lhe foram formuladas pelas autoridades competentes, colocando-se sempre à disposição para apresentar e esclarecer tudo o quanto fosse necessário em relação aos atos negociais por ela praticados durante os exercícios de 2000 e 2002, o que afasta de per si qualquer caracterização de fraude/conluio no presente caso.

Por todo o exposto, caso não se entenda pela inexigibilidade dos créditos tributários e da multa majorada, com a conseqüente improcedência da presente autuação, o que se admite apenas por amor à argumentação, deve, certamente, ser minorada a multa aplicada diante do fato incontestado que a Impugnante em momento algum praticou fraude ou conluio.

Finalmente, resta referir que cabe às autoridades administrativas empenhar todos os seus esforços na busca da Verdade Material, que é um dos princípios basilares de Direito Administrativo. Em que pese à costumeira diligência que acreditamos caracterizar os procedimentos desta fiscalização, no caso em concreto, falhou o auditor fiscal na busca desta almejada verdade - recusando-se compreender os atos e negócios jurídicos exercidos pela Impugnante nos exercícios de 2000 e 2002. Dessa forma, não reúne condições de prosperar o auto de infração ora combatido. Portanto, sob qualquer ponto de vista que se analise a questão, não deve prevalecer a presente autuação fiscal.

VI. DO EQUÍVOCO NA APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DO DIREITO A COMPENSAÇÃO INTEGRAL DO PREJUÍZO FISCAL EM VISTA DO BEFIEEX

A Impugnante, como empresa industrial, era titular de Programa Especial de Exportação aprovado pela Comissão BEFIEEX, não estando, pois, sujeita à apuração e recolhimento do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) devido no ano-calendário de 2000, com a limitação de compensação de prejuízos fiscais, determinada pela Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

Para melhor compreender referida questão, importa mencionar o histórico da legislação pertinente à compensação no âmbito dos Programas BEFIEEX.

A compensação de prejuízos fiscais de empresas titulares de Programa BEFIEEX encontra a sua matriz no artigo 13 do Decreto-lei nº 1.219/72, segundo o qual "o prejuízo verificado num exercício poderá, ser deduzido, para compensação total ou parcial, dos lucros reais apurados dentro dos 6 (seis) exercícios subsequentes, independentemente da existência de lucros em suspenso ou reservas, desde que não sejam distribuídos lucros ou dividendos a seus sócios ou acionistas, enquanto na empresa houver prejuízos a compensar"

As disposições do Decreto nº 1.219/72 prevaleceram até 1988, quando foi editado o Decreto-lei nº 2.433/88, regulamentado pelo Decreto nº 96.760/88, que estabeleceu nova diretriz para a política industrial e para as concessões de benefícios fiscais. O artigo 8º de referido decreto-lei, combinado com o artigo 45 do Decreto nº 96.760/88, estabelecia quais os benefícios que podiam ser concedidos às empresas titulares de Programas BEFIEEX, sendo que, dentre eles, incluía-se a compensação total ou parcial dos prejuízos fiscais nos seis períodos-base subsequentes, desde que não fossem distribuídos lucros ou dividendos a seus sócios ou acionistas enquanto houvesse prejuízos a compensar.

A partir do ano-calendário de 1995, com a edição da Lei nº 8.981/95, os prejuízos fiscais passaram a ser imprescritíveis, e sua compensação foi limitada a 30% (trinta por cento) do lucro real apurado no período-base (artigo 42). Em consentâneo, o artigo 95 da citada lei, determinou expressamente que as empresas titulares de Programas de Exportação, aprovados até 3 de junho de 1993, observado o disposto no artigo 42, poderiam compensar o prejuízo apurado em um período-base com os lucros tributáveis apurados nos seis anos-calendário subsequentes, independentemente da distribuição de lucros ou dividendos a seus sócios ou acionistas.

Entretanto, posteriormente, a Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, que introduziu diversas alterações na Lei nº 8.981/95, deu nova redação ao referido artigo 95, retirando de seu texto a expressão "observado o disposto no art. 42", de modo que a sua redação passou a ser a seguinte:

"Artigo 95. As empresas industriais titulares de Programas Especiais de Exportação aprovados até 3 de junho de 1993, pela Comissão para Concessão de Benefícios Fiscais a Programas Especiais de Exportação - BEFIEX, poderão compensar o prejuízo fiscal verificado em um período-base com o lucro real determinado nos seis anos-calendário subseqüentes, independentemente da distribuição de lucros ou dividendos a seus sócios." (Destaques nossos)

Assim, conclui-se que os prejuízos fiscais apurados pelas empresas sob a égide do Programa BEFIEX PODIAM SER INTEGRALMENTE COMPENSADOS, sem a limitação de 30% (trinta por cento) do lucro real, de que trata o artigo 42 da Lei n. 8.981/95, sujeito, entretanto, ao prazo prescricional de 06 (seis) anos calendários. Esse entendimento é confirmado, inclusive, pelo parágrafo 4º do artigo 35 da Instrução Normativa SRF nº 11/96 que afirma que o limite não é aplicável aos prejuízos fiscais das empresas titulares dos programas.

Neste sentido, inclusive, cabe trazer à colação algumas ementas dos seguintes julgados administrativos:

IRPJ - COMPENSAÇÃO INTEGRAL DE PREJUÍZO FISCAL - PROGRAMA BEFIEX - O prejuízo apurado durante a vigência do programa BEFIEX pode ser compensado integralmente na apuração do lucro real sem as limitações impostas pela Lei nº 8.981/95, mesmo após o término do programa. Recurso provido. (Processo 13603.002411/2003-43, Oitava Câmara, Sessão 13/04/2005)

IRPJ - COMPENSAÇÃO INTEGRAL DE PREJUÍZO FISCAL - BEFIEX - A compensação de prejuízos registrados na vigência de programa Befiex regido pelo Decreto Lei nº 1.219/72 não está sujeita à limitação de trinta por cento, prevista nas Leis 8.981 e 9.065 de 1995, enquanto houver saldo de prejuízo a compensar nos 6 anos-calendário subseqüentes. Recurso de ofício negado. (Processo 11065.002393/2001-47, Quinta Câmara, Sessão 08/07/2004)

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO FISCAL - Inexiste impedimento legal para que o prejuízo fiscal apurado em períodos-base mensais de 1995 seja compensado com o lucro real posterior, apurado ainda no próprio ano-calendário de 1995.

Quanto ao limite de redução de 30% a que se refere o artigo 42 da Lei nº 8.981/95, pelo fato de o interessado ser titular de programa especial de exportação BEFIEX até 03-06-93 a ele não se aplica o referido limite, conforme dispõe o art. 95 da referida lei, com a nova redação dada pela Lei nº 9.065/1995. Nesse caso, o prejuízo fiscal verificado na atividade em um período-base pode ser compensado com o lucro determinado nos seis anos-calendários subseqüentes, independentemente da distribuição de lucros ou dividendos a seus sócios ou acionistas." (Processo 10768.027967/99-70, Primeira Câmara, Sessão 11/09/2003) (Destaques nossos)"

No caso em tela, a Impugnante foi titular do Programa Especial de Importação de BEFIEX, no período compreendido entre 1982 e 1996, conforme comprovam dos documentos anexos (Does. 33), mediante o qual a empresa poderia usufruir diversos benefícios fiscais, tendo como contrapartida a obrigação de cumprir algumas metas relacionadas especialmente à exportação de mercadorias.

Logo, é fato que a Impugnante podia ter realizado no ano-calendário de 2000, a compensação integral de prejuízo fiscal, nos termos expressamente previstos pelo artigo 95 da Lei nº 8.981/95 com redação determinada pela Lei nº 9.065/95, sendo que somente não o fez, pois apurou prejuízo fiscal durante referido ano.

Não obstante os ditames legais acima descritos, a autoridade fiscal, quando da lavratura dos presentes autos, achou por ignorar o saldo de prejuízo fiscal relativo a 1995 da Impugnante no montante de R\$ 95.609.795,12 (noventa e cinco milhões, seiscentos e nove mil, setecentos e noventa e cinco reais e doze centavos) e, simplesmente, NÃO considerou na apuração do IRJP relativo ao ano-calendário de 2000, o direito da Impugnante de compensar integralmente o seu prejuízo fiscal. Este procedimento resultou na equivocada apuração do valor de principal de R\$ 2.109.786,72, supostamente devido no referido ano-calendário, uma vez que nada seria devido, em face da compensação integral de referido valor.

Vale dizer, a apuração do crédito tributário relativo ao IRPJ do ano-calendário de 2000, constante do Auto de Infração ora impugnado está errada, pois deveria ter contemplado a compensação integral do prejuízo fiscal da Impugnante, conforme abaixo demonstrado:

Assim, por amor à argumentação, na hipótese de se admitir que houve omissão de receita durante o ano-calendário de 2000, tal autuação fiscal não há de prevalecer, uma vez que a Impugnante tinha direito a compensar integralmente o seu prejuízo fiscal no ano-calendário de 2000, devendo, este direito ser reconhecido por esta Administração quando da apuração de eventual crédito tributário.

VII-DO PEDIDO

Ante todo o exposto, restando demonstrada a completa insubsistência do auto de infração ora impugnado, são os presentes para requerer:

a) Seja julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO, tendo em vista a licitude de todos os atos e negócios jurídicos praticados pela Impugnante durante os anos-calendários de 2000 e 2002.

b) Em caráter sucessivo, obedecendo-se o princípio da eventualidade, seja julgado PARCIALMENTE IMPROCEDENTE O AUTO DE INFRAÇÃO QUANTO AO

CRÉDITO TRIBUTÁRIO RELATIVO AO IRPJ DO ANO-CALENDÁRIO DE 2000, uma vez que não houve a compensação integral do prejuízo fiscal - Programa BEFIEEX, nos termos do artigo 95 da Lei nº 8.981/95 com redação determinada pela Lei nº 9.065/95. Outrossim, requer ainda a impugnante seja também MINORADA A MULTA imposta à Impugnante, por não estarem presentes os atos caracterizadores de evidente intuito de fraude, exigidos pela norma legal acima transcrita.

c) Protesta a Impugnante pela posterior juntada de provas, documentos, planilhas, realização de perícias necessárias e quaisquer outras provas admitidas em Direito posteriormente à vista dos autos, sem qualquer preclusão desse direito, sob pena de ofensa ao Princípio do Devido Processo Legal e de Cerceamento do Direito de Defesa.

d) Outrossim, com fundamento no artigo 5º, inciso XXXIV, letra "b" da Constituição Federal de 1988, requer a Impugnante que seja ressaltado o seu direito de ser notificada da juntada de qualquer documento pela autoridade fiscal, ou de qualquer outro fato superveniente que venha a ocorrer nos presentes autos, a fim de que possa se manifestar sobre os mesmos, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV), além de representar inequívoca negativa de vigência ao princípio da verdade material (princípio maior informador do processo administrativo fiscal).

Termos em que

Pede deferimento..”

Em decisão, a DRJ-Brasília-DF, por unanimidade de votos, julgou procedentes os lançamentos, nos termos da ementa que se transcreve:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2002

Ementa: CONTRATO EFICÁCIA PERANTE TERCEIROS - O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por duas testemunhas, provas as obrigações convencionais de qualquer valor. Mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de transcrito no registro público.

RESULTADOS

Os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido devem ser computados na determinação do lucro real.

DA TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Lançamentos reflexos. Ao se decidir de forma exaustiva a matéria referenciada ao lançamento principal de IRPJ, a solução adotada espraia seus efeitos aos lançamentos reflexos, próprio da sistemática de tributação das pessoas jurídicas..”

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada, interpôs recurso voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuinte, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação.

O Colegiado resolveu converter o julgamento em diligência, nos seguintes termos:

Sem ainda fazer qualquer tipo de juízo de valor sobre a questão, pois a atribuição de possível simulação no caso que se cuida, envolve muitos outros indícios, o esclarecimento mais acurado a respeito da existência ou não dos Eurobonds e dos Euronotes é ponto de fundamental importância para formação da convicção deste julgador. Dessa forma, torna-se indispensável a conversão do julgamento em diligência, para que seja adotada as seguintes providências pela Fiscalização:

Esclarecer as divergências acima relatadas, se possível, fazendo pesquisas nos *sites oficiais* pertinentes de forma a demonstrar melhor a apontada inexistência dos referidos títulos, através do ISIN e do CUSIP;

Outrossim, aproveito a diligência para que se certifique pelos documentos acostados aos autos, que a mesma foi de fato titular do Programa Especial de Importação de Befiex (Doc. 33 – fls. 2209), no período compreendido entre 1982 e 1996. Comprovou também através de cópia do Lalur anexado à sua impugnação (doc. 34), que o prejuízo que pretendia ver compensado foi apurado em 1995, no valor de R\$ 139.155.223,31 e não foi utilizado até o final do ano-calendário de 2000. Certificar-se de que esse aproveitamento ainda é possível, a luz do art. 13 do Decreto-Lei nº 1.219/72 e se o montante que ele faria jus seria aquele mesmo apontado em seu recurso;

Apresente outras informações e esclarecimentos que entender pertinentes à solução da lide.

Às fls. 2420, consta Termo de Intimação Fiscal, datado de 19/11/2009, intimando a Recorrente a comprovar:

- 1- o registro junto ao BACEN da captação de recursos através da emissão de Euro Notes no valor de US\$ 30.000.000,00, no ano de 2000, que teve uma autorização prévia de emissão dada pelo BACEN e que foram adquiridas pela Eurovest Global Securities Inc.,
- 2- o registro das Euro Notes junto ao órgão de registro nos USA;
- 3- os registros da movimentação dos eurobônus emitidos em 1994 no valor de US\$ 50.000.000,00, junto ao Chase Manhattan Trust and Banking Co., Japão;

4- a aquisição de eurobônus: em 14/08/2000, no valor nominal de US\$ 2.900.000,00, e comprado por US\$ 3.000.000,00; em 16/08/2000, no valor nominal de US\$ 3.850.000,00 e comprado por US\$ 4.000.000,00; em 29/08/2000, no valor nominal de US\$ 3.550.000,00 e comprado por US\$ 3.770.000,00; em 06/09/2000, no valor nominal de US\$ 1.200.000,00 e comprado por US\$ 1.294.924,44; ; em 03/10/2000, no valor nominal de US\$ 680.000,00 e comprado por US\$ 730.154,82, totalizando: em valores nominais US\$ 12.180.000,00 e em compras US\$ 12.795.079,26;

5- o registro das aquisições dos eurobônus no valor de US\$ 38.270.000,00, feitas pela TUGASKE INVESTMENTS, LLC, , junto ao Chase Manhattan Trust and Banking Co., Japão.

Às fls. 2931/2934 consta o resultado de diligência que destaca em primeiro lugar a presença de mais um indício que viria ao encontro da manutenção das infrações, que seria o fato de o momento histórico econômico (diversas crises no exterior com impacto no risco Brasil e impacto cambial) ter levado a Recorrente ao exercício de cláusula permitindo a antecipação total de sua dívida surgida por ocasião da emissão dos *eurobonds* em 1994. No caso teria sido quitada em novembro de 1999, trazendo planilha simulando os cálculos que conduziriam à essa conclusão. Destaca-se abaixo outras conclusões trazidas pelo autuante::

(...)A análise dos fatos e dos documentos constantes dos treze volumes do processo nº 19515.003013/2005-900, permitem que; se conclua que a empresa MAXION S/A, liquidou parcial ou totalmente, a dívida em novembro de 1999, decorrente da emissão de US\$ 50.000.000,00, de eurobônus em novembro de 1994.

(...)

A IOCHPE MAXION S/A foi intimada, documento de fls. 2.420, a apresentar o registro das aquisições dos eurobônus no valor de US\$ 38.270.000,00, por parte da Tugaske, junto ao Chase Manhattan Trust and Banking Co., sediada no Japão. Ela requereu a juntada dos documentos de fls. 2421 a 2602, sem contudo deles constar o registro daquelas aquisições e justificou a falta da documentação ao fato de serem títulos emitidos e adquiridos há mais de 15 anos, documento de fls. 2.433.

A empresa utilizou o empréstimo que fez para a sua subsidiária; Iochpe Maxion USA Inc. acrescidos dos juros no montante de US\$ 38.7216.076,67, para dar em pagamento dos eurobônus em poder da Tugaske. O mesmo empréstimo que tinha feito a cessão de direitos para a sua subsidiária Newbridge Strategic Partners.

A empresa foi intimada através do Termo de Intimação Fiscal de fls. 2.420, a apresentar os registros da movimentação dos eurobônus emitidos em 1994, junto ao Chase Manhattan Trust and Banking Co., Japão, instituição financeira em que ficaram custodiados os eurobônus e para que foram destinados os juros. Ela não atendeu e justificou às fls. 2.430 e. 2.431, alegando a impossibilidade de obter os documentos solicitados junto àquela instituição, por motivo do tempo decorrido e solicitou um prazo suplementar de 30 (trinta) dias para apresentar a documentação. A prorrogação de prazo foi concedida, sem que ela apresentasse os documentos solicitados, novamente requereu a prorrogação do prazo de 30 (trinta) dias, documento de fls. 2435 sem que fossem apresentados até a data de 19 de abril de 2010.

A empresa não possui documentação dos adquirentes dos eurobônus e manifesta que não tinha acesso ao registro e a movimentação daqueles títulos junto a instituição financeira custodiante (Chase Manhattan Trust and Banking Co., Japão),

é inconcebível por ferir as práticas financeiras usuais e as clausuras do ' contrato firmado quando da emissão dos eurobônus, vide tradução nº I-24175, Livro nº 284; folhas 89 e 90, de fls. 2679 e 2680, volume 14.

O Termo de Intimação Fiscal de fls. 2.420, em seu item 1, intimou a empresa a comprovar o registro definitivo no BACEN da emissão de Euro Notes no valor, de US\$ 30.000.000,00. A empresa através de seus advogados respondeu , documentos de fls. 2.424 a 2.430, não ter efetuado o registro definitivo e alegou estar dispensado em razão de ter efetuado a captação de recursos no exterior e lá os ter mantido.

A empresa por seus advogados apresentou os documentos de fls. 2421 a 2602 em 23 de novembro de 2009, e os documentos de fls. 2605a 2926 em 22 de abril de 2010.

Os documentos de fls. 2168 a 2209 dos autos fazem prova que a IOCHPE MAXION era titular do Programa Especial de Importação de BEFIEX, no período compreendido entre 1982 a 1996.

Às fls. 2936 a 2965 consta manifestação de inconformidade da Recorrente contra o resultado de diligência, que foi lido em sessão no que foi relevante. Anexou também os documentos de fls.2967/3011.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, fiscalização identificou duas infrações, uma no ano 2000 e outra no ano de 2002.

ANO 2000

Em relação à primeira infração (2000), assim concluiu a fiscalização:

“A lógica que presidiu a operação aponta para o fim almejado pelo contribuinte: para evitar a necessidade de registrar os títulos junto ao órgão de controle (BCB), ou simplesmente deixar de informar o que nunca existiu, o contribuinte os emitiu com prazo de um ano. Crente de ter alcançado uma razão suficiente para justificar a falta de registro da operação de emissão de títulos no exterior, executou o segundo passo, já planejado: adquiriu eurobônus, (coincidentemente de titularidade da mesma EUROVEST), vendendo-os no mesmo dia à VALIANT, que lhe pagou o preço em reais, no Brasil. Ao arquitetar essa mirífica operação jurídico-financeira, e sem que o Banco Central disso tomasse ciência, obteve ingresso de recursos no Brasil, a partir de uma operação gerada no exterior.(...) Assim, os valores alegadamente recebidos da VALIANT são resultados positivos, por representarem acréscimos patrimoniais sem qualquer contraprestação/ônus do contribuinte, e como tal devem ser adicionados ao resultado do exercício, para efeito de tributação, conforme dispõem as seguintes normas do Decreto 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda). (...) Outrossim, constata-se que o contribuinte IOCHPE, por seus administradores:

- visou iludir a autoridade fiscalizadora de divisas, o Banco Central do Brasil; - deixou de declarar, nos livros comerciais e fiscais, a compra dos eurobônus, ocultando essa operação fiscal; e deixou de declarar, em notas de explicação de seu balanço, compra de eurobônus de sua própria emissão. Das constatações acima, é certo que o contribuinte agiu com o propósito de receber recursos, no Brasil mediante uma operação fictícia com origem no exterior, ou o propósito de internalizar recursos seus no exterior sem a devida comunicação aos órgãos de controle cambial e tributário. Tal prática, cuja engenhosidade só robustece o dolo empreendido na operação, dá certeza de que o contribuinte diligenciado agiu com o fim precípua de impedir a ocorrência do fato gerador (o acréscimo patrimonial decorrente do recebimento de R\$ 22.277.306,02, pretensamente oriundos de venda de títulos à VALIANT), de modo a reduzir o montante do

imposto de renda e contribuição social sobre o lucro devidos no ano-calendário de 2000 (art. 72 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964)."

Entre outras alegações que serão tratadas no decorrer do voto, o autuante alega que a venda dos Eurobonds pela contribuinte à Valiant, seria de difícil possibilidade. Disse possibilidade, pois o autuante utiliza-se como um indício que conspira contra a história da recorrente. Conforme levantamento feito pelo fiscal através de suas parcas receitas declaradas ao fisco, não teria ela nem ao menos recursos para lidar com um desencaixe financeiro tão alto da ordem de 20 milhões de Reais. Somando-se o patrimônio líquido declarado no início de 2000 às receitas auferidas em 2001, temos R\$ 3.610.866,11.

O fiscal agrega a impossibilidade apontada acima a existência de representações contra à Valiant feitas pelo Banco Central referente a transferências internacionais.

Porém a premissa maior a qual se lastreou o autuante foi colocar em dúvida a credibilidade dos Títulos (Euro Notes) que lastreariam essa operação.

Antes de tratar da questão relativa à existência desses títulos que foi objeto de diligência, considero que aqueles indícios tratados no tópico anterior apesar de enfraquecer a credibilidade dessas operações não julgo que sejam suficientes para descaracterizar tais operações mormente quando regularmente contabilizadas, de outras provas constante nos autos a serem mencionadas e principalmente em função de prova trazida aos autos pela Recorrente quando da conversão do julgamento em diligência, cujo motivo principal foi averiguar a credibilidade daqueles Títulos:

Por ocasião da diligência, nota-se, em primeiro lugar, o extremo esforço da Recorrente em obter informações de terceiros após mais de dez anos dos fatos.

Vide carta enviada ao Deutsche Bank AG (fls. 2568):

Eu, Sandra Regina Mattos Rudzit, tradutora pública, certifico e dou fé que me foi apresentado um *documento* em idioma inglês, que passo a traduzir para o vernáculo no seguinte teor:

Timbre de Iochpe-Maxion S.A. São Paulo, 7 de dezembro de 2009.

Ref.: Títulos em Euro emitidos em 14 de junho de 2000 (Número de Identificação de Mobiliários Internacionais - ISIN - XS0112928790)

Em atenção de: Global Services

Deutsche Bank AG — Filial de Londres

Prezados Senhores,

Durante o ano de 2000, nossa empresa contratou os serviços da Eurovest Securities. Inc. para intermediar a emissão de títulos de curto prazo para levantar fundos do exterior.

A emissão ocorreu em 14 de junho de 2000 e envolveu o valor de US\$30.000.000,00. A data de vencimento foi determinada como junho de 2001. O seguinte código de identificação (Número de Identificação de Valores Mobiliários Internacionais — ISIN) foi atribuído a esses valores mobiliários: XS0112928790.

A instituição financeira responsável pelo pagamento do valor referente a esta operação específica foi o Deutsche Trust Bank Limited — Tóquio — Japão.

Autoridades fiscais brasileiras exigiram que a Iochpe-Maxion S.A. comprovasse a existência efetiva dos valores mobiliários acima mencionados por meio da apresentação de documentos ou declarações expedidas pelo agente de pagamento, pelo custodiante ou pela pessoa jurídica que gerou esses ISINs para confirmar sua existência e o vínculo entre esse código (número de identificação) e as principais características dos valores mobiliários emitidos em 2000. O documento ou declaração deverá conter as informações sobre o nome do emissor, o valor envolvido na operação e o prazo de resgate. Até onde é de nosso conhecimento, as pessoas jurídicas que geraram esses códigos são o Euroclear Bank e a Clearstream, a última vinculada ao Grupo Deutsche Börse. O prazo limite para apresentar esses documentos é 15 de dezembro de 2009.

Portanto, solicitamos seu auxílio para nos enviar ou nos informar o quanto antes possível, os documentos ou declarações mencionadas acima. Esses documentos ou declarações fornecerão comprovações claras da existência dos valores mobiliários acima mencionados e vincularão o número de identificação (ISIN) mencionado acima aos títulos de curto prazo emitidos pela Iochpe Maxion S.A. em 2000, mencionando as características descritas acima. Caso esses documentos ou declarações solicitados neste instrumento devam ser emitidos por uma empresa localizada em um país estrangeiro, solicitamos que os apresente a um tabelião público e posteriormente ao consulado brasileiro mais próximo para que sejam legalizados.

Atenciosamente,

(ass) Oscar Antonio Fontoura Becker Iochpe-Maxion S.A.

NADA MAIS. Li, conferi, achei conforme e dou fé desta tradução.

Julgamento em diligência.

Carta idêntica foi enviada ao Euroclear Belgium (fls. 2563), custodiante dos referidos títulos.

Embora não tenha logrado sucesso nessa tentativa em função quiçá da questão temporal, a Recorrente ainda envidou esforços no sentido de demonstrar a existência e fidedignidade dos Euro Notes emitidos em 2000.

Anexa aos autos (Doc. 10, fls. 2571/2572), o qual foi obtido mediante consulta à base de dados da empresa "Bloomberg", segundo ela "mediante simples inserção do código correspondente ao ISIN dos títulos em questão, qual seja, ISIN XS0112928790, código este que é o mesmo que consta nas confirmações de venda desses títulos pela Eurovest Securities Inc., na condição de agente intermediador e respectivas traduções juramentadas, constante às fls. 1385 a 1588. Tal fato não foi desconstituído pelo fiscal diligenciante.

Esclarece ainda a Recorrente "que a Bloomberg, como é de conhecimento público e notório, alimenta, administra e disponibiliza ao público em geral uma das maiores bases de dados do mundo sobre informações econômico-financeiras, sendo tais informações dotadas de credibilidade e confiança amplamente reconhecidas."

Afora isso, considero muito relevante destacar outros indícios convergentes de forma a amparar a existência dos referidos bonds: consta dos autos além dos prospectos de emissão desses títulos, por ocasião da diligência, cópia do documento que comprova a entrega dos títulos pela Recorrente ao "Chase" (fls. 2.879 a 2.882), conforme previsto no contrato de custódia, bem assim cópia do documento que comprova o recebimento dos títulos pelo "Chase" em custódia (fls. 2.885 a 2.886).

Imaginar uma simulação nesse caso específico seria superestimar a capacidade de invenção e engenhosidade da Recorrente diante de tantos elementos de prova assim.

Outrossim, consta às fls. 2446/2452 laudo contábil minucioso e convincente emitido pela PriceWaterHouse dando conta da conformação contábil e financeira das referidas operações compra e venda.

Cabe salientar por fim, que a efetividade e existência dessas movimentações pode ser constatada também pela remessa dos juros correspondentes ao Chase Manhattan Trust and Banking Co. Japão, devidamente registrado no BACEN conforme autorização de fls. 1635 a 1643.

Por outro lado, todos os outros argumentos utilizados pelo autuante e pela DRJ também, a meu ver, não mais prosperam, senão vejamos:

Coloca-se em dúvida os contratos de compra e venda firmados entre a Recorrente e a Eurovest em função de cláusula que estabelece o preço em dólar, porém, sem que nesta conste também qualquer referência a que o pagamento teria como forma de liquidação os recursos obtidos na captação através das notas de crédito mantidos em conta da Eurovest.

A forma de liquidação que deve se dar em um negócio jurídico como o contrato de compra e venda não é elemento essencial à validade do mesmo, mas elemento acessório. Não é portanto argumento suficiente para comprometer a validade do negócio jurídico.

Por fim, a ausência de testemunhas e o fato de não terem sido registrados em cartório apesar de serem elementos importantes em certos tipos de contrato, e a depender do contexto em que isso se dá, não vejo pelas provas dos autos como possam por si sós no caso que se cuida torná-los ineficazes, mormente quando foram contabilizados e acompanhados de uma série de outros documentos em seu entorno que garantem a sua força e existência: contabilização dos efeitos patrimoniais; prospectos detalhados com as características da emissão dos títulos; correspondências comprovando entrega dos títulos pela Recorrente ao banco custodiante, bem assim confirmação de recebimento dos títulos pelo "Chase".

A autoridade diligenciante também traz como indício para se manter essa infração o fato de o momento histórico econômico (diversas crises no exterior com impacto no risco Brasil e impacto cambial) ter levado a Recorrente ao exercício de cláusula permitindo a antecipação total de sua dívida surgida por ocasião da emissão dos eurobonds em 1994. No caso teria sido quitada em novembro de 1999, trazendo planilha simulando os cálculos que conduziram à essa conclusão.

Ora, tal indício (alegação de quitação antecipada da dívida), nada tem a ver com a presente infração, não guardando relação alguma com as operações que motivaram a presente infração, pois esta se deu nos meses de agosto a novembro de 2000 e a dívida, segundo o diligenciante, teria sido quitada em novembro de 1999. Tal indício guarda, sim, relação com a outra infração relativa ao ano de 2002, como se verá no próximo tópico.

Por todo o exposto, dou provimento em relação à omissão de receitas referente ao ano 2000, por não considerar provada de forma contundente a omissão de receitas no presente caso.

ANO 2002

Em relação à infração relativa ao ano de 2002, assim, após uma minudente descrição dos fatos, concluiu a fiscalização:

“De tudo acima exposto, conclui-se que o contribuinte arquitetou operação que, pelo aspecto cambial, resultou na falta de remessa de divisas a que se obrigara, a qual se daria pelo pagamento, a ser realizado no exterior, em razão do vencimento das notas de médio prazo (eurobônus). Pelo aspecto fiscal, a falta de remessa representa uma remissão de dívida, a benefício do contribuinte, que é empresa nacional domiciliada no país. Em outros termos, a remissão da dívida resultou num acréscimo patrimonial, resultante da baixa, no passivo de obrigação que, com se demonstrou, não foi efetivamente paga nem quitada por qualquer outra forma. A “especial concessão do credor” redundou, sob o prisma contábil, num perdão de dívida, pois o passivo foi extinto com a “concessão” do credor, o que representa uma receita não operacional auferida pelo contribuinte.”(destaquei)

De sua parte, a Recorrente defende a lisura da operação, enfatizando que não teria ocorrido a apontada simulação. Combate a prova indiciária pela estratégia de analisar cada um dos indícios isoladamente, mostrando que podem levar a conclusões diversas das apontadas pela fiscalização.

Simulação – conceito

A respeito do conceito de simulação, embora saiba que o que importa nesses casos são como os fatos realmente se apresentam e que cada caso é um caso, é sempre bom ter em mente algum conceito *a priori* do fenômeno para melhor divisá-lo de outras figuras, como é o caso do negócio jurídico indireto, bem assim fazer a diferença entre simulação relativa, a mais comum, e a simulação absoluta, esta mais pertinente ao caso concreto. A respeito da distinção entre simulação e negócio jurídico indireto, o doutrinador que melhor lançou luzes a respeito dessa distinção, no meu modesto entendimento, foi o Ilustre jurista Ricardo Mariz de Oliveira, quando nos apresenta um critério bem objetivo de como diferenciar a simulação do negócio jurídico indireto (trabalho apresentado no 11º Simpósio IOB de Direito Tributário):

(...) Em síntese, pode-se dizer que há negócio indireto quando, para atingir determinado objetivo, a pessoa não se utiliza do ato

jurídico (ou da estruturação jurídica) que diretamente se aplicaria à situação e permitiria a realização daquele objetivo desejado, mas, sim, se vale de um outro ato jurídico (ou de uma outra estrutura jurídica) que não é típico e específico àquele objetivo, mas que acarreta resultado igual ou semelhante sob o ponto de vista econômico ou negocial. O negócio jurídico indireto é válido na medida em que não viole disposição de lei, inclusive e se não for adotado para violar proibição legal, sendo absolutamente necessário que seja praticado para atingir algum fim de direito privado que não seria vedado pela lei se tivesse sido praticado o negócio direto. É essencial compreender que o negócio indireto diferencia-se da simulação porque nesta há desconformidade entre o desejado e o praticado, o que obriga as partes a realizar atos paralelos ocultos de desfazimento ou neutralização dos efeitos do praticado ostensivamente, ao passo que no negócio indireto as partes desejam e mantêm o ato praticado e se submetem por inteiro ao seu regime jurídico e a todas as suas conseqüências. (grifei).

Simulação Absoluta

Na simulação absoluta, cria-se apenas uma aparência que não se destina a ocultar por baixo dela um outro negócio dissimulado, diferenciando-se, pois, da simulação relativa onde há necessidade da existência de um negócio jurídico oculto, aquele realmente intencionado. O então Ministro do STF, Moreira Alves, no Seminário internacional de elisão fiscal (Esaf,2001), assim exemplifica esse tipo de simulação:

(...)É o caso, por exemplo, de, ocorrendo uma revolução, e havendo perspectiva de confisco dos bens dos anti-revolucionários, um deles celebra simuladamente – simulação absoluta – contrato de compra e venda com um amigo que não ocorre esse risco por ser partidário da revolução, tornado-se esse aparentemente proprietário da coisa, e não ocorrendo, portanto, o risco de tê-la confiscada. Criou-se a aparência sem que se oculte por baixo dela um negócio jurídico que é realmente simulado.

Como ficará mais claro no desenvolvimento deste voto, o caso que se cuida e talvez até por isso possa ter contribuído para gerar divergência do meu voto por alguns dos meus pares trata-se de simulação absoluta e não relativa, daí porque não ter se aventado o aproveitamento algum negócio jurídico, dito dissimulado, que possa interferir no resultado deste voto.

Esclareça-se, por oportuno, que o fato dos atos societários terem sido formalmente praticados, com registro nos órgãos competentes, escrituração contábil, etc. não retira a possibilidade de se enquadrar como simulação. Mesmo assim, isso nem mesmo foi o caso, conforme ficou consignado na decisão DRJ. Aliás, no caso de simulação, aparentemente, se tem atos jurídicos lícitos. Faz parte da natureza da simulação o envolvimento de atos jurídicos lícitos. Afinal simulação é a desconformidade, consciente e pactuada entre as partes que realizam determinado negócio jurídico, entre o negócio efetivamente praticado e os atos formais (lícitos) de declaração de vontade. O fato de esses atos societários terem sido formalmente praticados, portanto, repita-se não exclui a possibilidade da simulação. Aliás, é de se esperar que os atos dissimuladores tenham esses atributos. Não é razoável esperar que alguém tente dissimular um negócio jurídico dando-lhe a aparência de um outro ilícito; ou que deixe de cumprir as formalidades próprias aos atos dissimuladores. Portanto, dizer que não há

simulação porque os atos praticados são lícitos não é um argumento válido. Quem procede desse modo, comete um erro de raciocínio chamado pelos lógicos de “falácia de composição” (Tomar o todo pela parte), que é o fato de concluir que uma propriedade das partes deve ser aplicada ao todo. Tome-se como exemplo ilustrativo: "Este caminhão é composto apenas por componentes leves, logo ele é leve também."

Caso concreto

Vamos então ao caso concreto, em seu miúdo.

Combate a prova indiciária pela estratégia de analisar cada um dos indícios isoladamente, mostrando que podem levar a conclusões diversas das apontadas pela fiscalização. O problema é que a história final contada pelo contribuinte se mostra muito inverossímil, muito cheia de rodeios e fantasias e sobretudo muito menos realista que narração feita pelo autuante.

Os indícios colhidos são robustos e diferentemente do que aconteceu com a infração anterior, forma um todo que não refutado com argumentos sólidos pela recorrente.

Prova indiciária da simulação

Pelo aspecto fiscal, a falta de remessa representa uma remissão da dívida, a benefício do contribuinte, que é empresa nacional domiciliada no país. Nesse item, a remissão da dívida resultou num acréscimo patrimonial, resultante da baixa, no passivo, de obrigação que não foi efetivamente paga. Essa extinção no passivo representa uma receita não operacional auferida pelo contribuinte a teor dos artigos 248 e 249 do Decreto 3000/99 .

A recorrente tenta se justificar alegando que apesar de não ter comunicado ao banco central a operação subsequente de dação em pagamento de créditos que tinha em favor de sua subsidiária no estrangeiro, primeiramente contra a Iochpe-Maxion USA, INC nos EUA e depois cedidos à Newbridge (Ilhas Cayman) porque primeiro, não era do interesse do banco central e; segundo, porque o que importaria é que naquele primeiro momento a transferência internacional não iria mesmo acontecer em função da Novação efetuada e, por último, devido a um problema operacional de sistemas, em que a única opção disponível seria o perdão de dívidas. Não haveria previsão para a dação em pagamento.

Assim, a fiscalização ao desconsiderar tal operação, adicionou ao lucro líquido como receitas tributáveis o valor do seu passivo considerado perdoado.

1) Falta de Justificativa jurídico-econômica para as cessões de crédito

O item “d”, do Termo de Intimação nº 2, solicita que seja esclarecido qual o interesse jurídico-econômico de Newbridge em receber o crédito que Iochpe tinha junto a sua subsidiária Iochpe-Maxion USA, INC. A esse título esclarece Iochpe que:

(i) – Iochpe tinha como interesse que sua subsidiária, Iochpe-Maxion USA, inc, não fosse sua devedora;

(ii) – Newbridge, estando no exterior, tinha condições de assumir o crédito em referência, liquidando-o, observadas as condições contratuais, a qualquer tempo.

Justificativas bastante genéricas, evasivas e nada esclarecedoras.

Mas, o autuante, muito diligentemente e em busca da verdade material não se contentando com a resposta procura avançar mais. Dessa forma tenta vislumbrar algum propósito financeiro ou comercial para a operação, mas como se verá no próximo item, esse também não existiu.

No Item 3 – TIF nº 3:

“A tomadora-financiadora NEWSBRIDGE ao assumir o papel de cessionária no “Contrato de Cessão de Empréstimo”, datado de 01/12/2000, passou a ser devedora, para com a credora-cedente IOCHPE MAXION S.A da quantia de US\$ 34.844.712,78, representada por dois contratos de mútuos avaliados nessa data em US\$ 16.450.935,00 e US\$ 18.393.777,78.

Informar se, em cumprimento à cessão dos contratos de mútuo, foi efetivamente efetuada transferência de recursos financeiros da subsidiária IOCHPE-MAXION USA para NEWSBRIDGE, no montante de US\$ 34.844.712,78. Caso tenha havido a efetiva remessa de recursos financeiros da IOCHPE-MAXION USA para a NEWSBRIDGE, apresentar comprovante de transação financeira.”

Resposta (fl.263):

“Inicialmente cabe esclarecer que Iochpe não tem conhecimento de que a sociedade Iochpe Maxion USA, sua subsidiária, tenha descumprido qualquer regra legal ou tenha sido apontada em qualquer procedimento, no exterior, em desacordo com as determinações legais que lhe são aplicáveis. Dessa forma, entende que todos os procedimentos exigidos em lei tenham sido cumpridos no que tange à transferência de recursos acima referida. De toda sorte, por tratar-se a operação implementada fora da jurisdição de Iochpe, a obtenção de melhores informações fica bastante dificultada.”

No item 5 a autoridade, avançando na hipótese de não ter havido a transação (transferência de recursos) financeira referida em 2.2.4 e 2.2.5, indaga a respeito do interesse jurídico econômico da Newbridge na operação, considerando-se ter ela assumido contrato de mútuo.

Resposta (fl. 263):

“Newbridge é sociedade que opera no mercado internacional e, certamente, teria motivações suficientes para participar como cessionária na operação em referência. Outras considerações por parte de Iochpe implicariam formulação de juízos e especulações que não poderia sustentar por falta de elementos que os consubstanciassem.”

Novamente, apesar de todo o esforço do autuante e da recorrente defender ferrenhamente a validade de suas operações, não logra apresentar um motivo econômico-jurídico para essa sucessiva transferência de créditos, apesar de se dar entre empresas do mesmo grupo. Observar que o teor da resposta induz a se pensar que a Newbridge é uma sociedade não ligada à Iochpe, mas depois verificou-se que esse não é o caso.

Cabe por fim salientar que conforme consta em Relatórios Trimestrais consolidados e constantes no site <http://pt.scribd.com/doc/32830954/5/Informacoes-trimestrais-consolidadas> (acessado em 21 de junho de 2011), a Newbridge está inativa desde 2003.

Ou seja, a Newbridge, empresa sediada nas ilhas Cayman (fl.92), teve uma “vida” bastante curta, coincidência ou não, acompanhou o período em que se deu a ocorrência dos fatos geradores, desempenhando papel relevante nas sucessivas transferências de crédito até chegar finalmente nas mãos da Tugaske. A Newbridge finalizou suas operações em 2002.

Agora no que diz respeito à Tugaske empresa que “coincidentalmente” adquiriu, no mercado internacional, notas de médio prazo emitidas pelo contribuinte e também muito “amigavelmente” aceitou receber crédito em reais da Recorrente como pagamento feito em dação das Ilas que já não pertenciam ao contribuinte, mas à Newbridge, nas ilhas Cayman¹. A esse respeito, então o fiscal se pronunciou no retorno de diligência, embora não fosse objeto da mesma, porém com o princípio da verdade material é informador do Processo Administrativo Fiscal, deve aqui também ser considerado como o foi amplamente em relação às formalidades descumpridas e desconsideradas na infração anterior:

Tugaske Investmentes, LLC foi constituída em 30 de outubro de 2000, conforme atestado de fls. 1016, sem que ficasse expresso no seu contrato o valor do seu Capital Social, usualmente as "LLC" eram constituídas com o Capital de US\$ 50.000,00. As empresas são criadas no Estado de Delaware em razão de tributação favorecida e muitas têm envolvimento com a lavagem de dinheiro; de acordo com o noticiário da imprensa e pronunciamentos dos procuradores americanos. A Tugaske Investmentes LLC pelo documento de fls. 1020, até o dia 4 de novembro de 2002 mantinha com sócio a empresa Varcraft Enterprises Limited, uma sociedade das Ilhas Virgens Britânicas. Ela nomeou Ronald Aldworth seu único diretor, documento fls. ..1022, em 07/10/2002. A Tugaske nomeou, em 04/11/2002, como Diretor, Presidente, Secretário e Tesoureiro da Sociedade, Ronald Aldworth.”

De relevante aqui, desconsiderando as presunções levantadas pelo autuante relativa à lavagem de dinheiro, são os indícios de que tanto a empresa Newbridge quanto a Tugaske foram criadas de forma açodada, e particularmente a empresa Tugaskes criada no ano de 2000, portanto, 6(seis) anos após a emissão dos eurobonds, coincidentemente era quem detinha a quase totalidade dessa emissão e tudo isso com uma composição administrativa no mínimo estranha aos padrões de uma empresa séria que se pretendesse levar avante também algum negócio econômico sério.

2) Falta de comunicação para o Banco Central da Dação em Pagamento

O item “e”, do Termo de Intimação Fiscal nº 2, solicita que seja justificada informação contida em carta, protocolizada em 23/12/2002, enviada ao BACEN e de seguinte teor:

“Com base na manifestação do Credor (anexa) “(...) não efetuiremos transferência internacional de reais na data ajustada contratualmente, por especial concessão do credor”. A solicitação de esclarecimento, como relatado no Termo, decorre de dois fatos que cita especificamente: (i) falta de referência, no pedido formulado ao BACEN, à existência do Contrato de Novação firmado em 26/1/2002 e correspondente aditivo; (ii) a existência na manifestação enviada ao BACEN da seguinte expressão em língua inglesa: “(...) Iochpe-Maxion S.A is waived from payment of the mentioned amounts”.

Segundo o “Dicionário Inglês-Português de Leonel Vallandro (Ed. Globo) consta a seguinte tradução para o verbo “waive”: “renunciar a, desistir de, abrir mão de” indicando, portanto, um ato de liberalidade do Credor (Tugaske) que “abriu mão, desistiu” do seu crédito o que se harmoniza com o sentido da expressão “especial concessão do credor”, constante da carta enviada ao Banco Central. Contudo ambas expressões contradizem os termos dos referidos contratos de Novação e o seu respectivo aditivo, nos quais fica patente uma transferência, de caráter oneroso, de um empréstimo do Contribuinte cedente (IOCHPE MAXION AS) à TUGASKE, no qual o crédito mantido junto a NEWSBRIDGE (tomadora) foi dado em pagamento para satisfazer o crédito de Tugaske contra a contribuinte.

Resposta:

“quanto a qualquer referência ao Contrato de Novação e correspondente aditivo, era ela desnecessária para fundamentar a informação de que não mais seria feita a operação de transferência internacional de reais, pois ela somente poderia decorrer de condição contratada entre as partes interessada (Iochpe/devedora e Tugaske/credora) ou de outra especial situação, caso tivesse ocorrido. A menção ao contrato, pelo que se observa, tampouco foi relevante para que o BACEN atendesse à solicitação de Iochpe, pois entendeu a mesma suportada em instrumento contratual suficiente para fundar tal pleito; (ii) quanto ao significado da expressão “is waived”: o verbo to waived tem amplitude muito grande, na língua inglesa como se observa ...”

*“(...) o ato voluntário de desistência, portanto o **waiver**, referido pela carta enviada ao BACEN (is waiving), sob comentário, corresponde à renúncia formal do credor de receber o pagamento de seu crédito na data originalmente ajustada, razão pela qual se comunica ao órgão encarregado de controlar as*

remessas de numerário ao exterior, que ela não ocorreria; os atos subseqüentes praticados pelas partes demonstram que pagamento, de fato ocorreu, porém em outra data e não em dinheiro, como originalmente pactuado, mas sob a forma de dação em pagamento, em que o credor, Tugaske, aceitou receber a título de liquidação de seu direito (Eurobônus representado por nota de médio prazo de vencimento) crédito que o devedor tinha contra terceiro (Newbridge).

Em resumo, a recorrente em um primeiro momento quer defender a tese de que o que disse para banco central não foi bem o que disse. Que o verbo “waive” “tem amplitude muito grande”, e que o perdão da dívida, a renúncia, na verdade significaria apenas o adiamento de pagamento que se deu subseqüentemente através de uma dação em pagamento, que vale salientar, também não foi comunicada ao banco central.

3) Operação de Dação em pagamento também contaminada pela não comprovação da existência dos eurobonds emitidos em 1994

Afora as inúmeras oportunidades infrutíferas tidas pela Recorrente para comprovar a custódia e registro dos eurobonds emitidos em 1994, baixou-se o presente julgamento em diligência se oportunizando mais uma vez essa prova.

No caso foi solicitado da Recorrente a seguinte prova:

(...) 3- *os registros da movimentação dos eurobônus emitidos em 1994 no valor de US\$ 50.000.000,00, junto ao Chase Manhattan Trust and Banking Co., Japão;*

4- *a aquisição de eurobônus: em 14/08/2000, no valor nominal de US\$ 2.900.000,00, e comprado por US\$ 3.000.000,00; em 16/08/2000, no valor nominal de US\$ 3.850.000,00 e comprado por US\$ 4.000.000,00; em 29/08/2000, no valor nominal de US\$ 3.550.000,00 e comprado por US\$ 3.770.000,00; em 06/09/2000, no valor nominal de US\$ 1.200.000,00 e comprado por US\$ 1.294.924,44; ; em 03/10/2000, no valor nominal de US\$ 680.000,00 e comprado por US\$ 730.154,82, totalizando: em valores nominais US\$ 12.180.000,00 e em compras US\$ 12.795.079,26;*

5- *o registro das aquisições dos eurobônus no valor de US\$ 38.270.000,00, feitas pela TUGASKE INVESTMENTS, LLC, , junto ao Chase Manhattan Trust and Banking Co., Japão.(...)*

Conforme resultado de diligência tal mister não foi alcançado:

(...) A empresa não possui documentação dos adquirentes dos eurobônus e manifesta que não tinha acesso ao registro e a movimentação daqueles títulos junto a instituição financeira custodiante (Chase Manhattan Trust and Banking Co., Japão), é inconcebível por ferir as práticas financeiras usuais e as clausuras do ' contrato firmado quando da emissão dos eurobônus, vide tradução nº I-24175, Livro nº 284; folhas 89 e 90, de fls. 2679 e 2680, volume 14.

4) Grandes coincidências

Conforme relatado a fiscalização identifica “uma grande coincidência”:

Por coincidência a Tugaskie adquiriu, no mercado internacional, notas de médio prazo emitidas pelo contribuinte; aceitou receber o seu crédito em reais; e aceitou receber, como pagamento feito em dação, Ilas que já não pertenciam ao contribuinte, mas à Newbridge, que as recebera por contrato de cessão acordado em 2000. Por coincidência, o valor que a Tugaskie tinha a receber pelas suas notas de médio prazo (Eurobônus) coincidiram com o valor das Ilas que ela aceitou, em dação em pagamento, o que evitou o transtorno de se calcular o valor que deveria ser pago a título de troca.

Veja que estamos aqui diante de um caso clássico de neutralização dos efeitos da simulação. Emitiu-se Eurobonds que não existiam ou que já teriam sido quitados, conforme se verá no tópico anterior e necessitava-se neutralizar os efeitos causados pela chegada do seu vencimento original, logo tendo sido mantidos na contabilidade forma artificiosa tão-somente com o fito de omitir receitas.

5) Antecipação da Dívida constituída em 1994, no ano de 1999

Cabe salientar que esse último indício embora não tenha sido explicitado pelo autuante originalmente, surge de ilações extraídas de dados constante no próprio processo e da razoabilidade na análise de fatos de conhecimento notório de todos à época dos fatos geradores feitas no caso pelo diligenciante, embora também não fosse escopo direto da diligência.

Porém como já se disse alhures, o princípio da verdade material é informador do Processo Administrativo Fiscal, deve aqui também ser considerado como o foi amplamente em relação às formalidades descumpridas desconsideradas na infração anterior.

Outrossim, trata-se aqui de apenas mais um indício a ser analisado em conjunto com os demais e não de uma prova cabal suficiente para taxar a consideração desse aspecto como se estivesse modificando o critério jurídico do lançamento.

O autuante fez uma explanação da crise econômica internacional vivenciada na época e partir daí concluiu que era viável, assim como acontecia com o mercado em geral naquelas mesmas circunstâncias, que diante da incerteza do cenário econômico e político, buscasse meios de renegociar sua dívida de US\$ 50,000,000.00 relativa aos Eurobônus emitidos em 1994, antecipando o seu pagamento, no caso para 1999 e que tal aspecto era inclusive permitido pelo contrato.

Eis as suas palavras no que interessa:

(...)A análise dos fatos e dos documentos constantes dos treze volumes do processo nº 19515.003013/2005-900, permitem que se conclua que a empresa MAXION S/A, liquidou parcial ou totalmente, a dívida em novembro de 1999, decorrente da emissão de US\$ 50.000.000,00, de eurobônus em novembro de 1994. Eles eram a rápida desvalorização do Real e da elevação da taxa de juros, por

motivo da alteração na política econômica e cambial no ano de 1999, e o aumento da taxa de risco fixadas pelas agências internacionais.

As alterações nas políticas econômicas e cambiais do Brasil no ano de 1999, teve como origem as crises econômicas, internacionais: envolvendo a Coreia do Sul e os países asiáticos em 1997 e a Rússia em 1998.

Em 1997, um rápido processo de fuga de capitais e desvalorização Cambial entre os chamados tigres asiáticos- Tailândia, Malásia, Coreia do Sul Hong Kong, Indonésia e Filipinas - espalhou medo nos mercados internacionais, em grande parte pela surpresa de ver mercados supostamente sólidos e confiáveis sucumbirem a uma crise financeira. O mercado dos emergentes foi afetado pela primeira vez, mas o Brasil conseguiu passar.

A crise da Rússia decorreu da crise asiática, que fez com que o preço investidores, que feitos da crise da dos commodities caíssem em todo mundo e a Rússia, cuja economia dependia e depende largamente da exportação de commodities como gás natural e petróleo, declarasse o calote de sua dívida externa privada de curto prazo. A manobra acendeu a luz de alerta entre os investidores que passaram a evitar mercados emergentes. Após ter, passado quase sem sentir os efeitos da crise da Ásia, o Brasil foi afetado, enfrentando forte fuga de dólares.

O governo reagiu elevando a taxa de juros, que chegou ao pico de 45% no início de 1999, e desvalorizando o Real, que até então mantinha a paridade com o dólar. O câmbio passou a ser flutuante, a partir de fevereiro de 1999, o que ocasionou, a sua rápida desvalorização.

As Agências internacionais classificadoras de risco aumentaram a taxa de risco Brasil no ano de 1999, decorrente da crise econômica, internacional motivada pela quebra da Rússia, e ele se estendeu para o ano de 2000. A taxa de risco em janeiro de 1999 atingiu a 1779 pontos. O patamar histórico era de 700 a 800 pontos. As eleições presidenciais no de 2002 com a possibilidade de ser eleito o candidato Luis Inácio Lula da Silva do Partido dos Trabalhadores fez com que a desvalorização do Real no ano de 2002, se acentuasse e a cotação do dólar para a venda chegou em dezembro de 2002 a R\$ 3,5330 e a taxa de risco do Brasil atingiu os 2.100 pontos.

Os indícios que acusam a quitação antecipada dos eurobônus: são o empréstimo para a sua subsidiária Iochpe Maxion Inc. sediada em Miami USA feito em 03 de novembro de 1999, de US\$ 30.310.000,00, que tiveram como origem dos recursos a emissão de 938.155 debêntures, ao preço de R\$ 180,00, registrada em 16/10/1998, com data encerramento de distribuição em 25/03/1999, e vencimento em 01/05/2005; aviso de crédito do Banco Bradesco, instituição depositária das debêntures citadas no item 6, no valor de R\$ 21.371.671,98, referente a 1ª emissão alienada de 5.274 debêntures ao preço unitário de R\$ 4.052,27, documento às fls. 1760, em 03/11/1999; empréstimos junto ao UNIBANCO no valor de R\$ 21.374.100,00 equivalente a US\$ 11.000.000,00, em 03/11/1999 e outro na mesma data de R\$ 21.474.200,00 equivalente a US\$ 11.000.000,00, do Banco Bradesco, por meio da Resolução 63 do Banco Central do Brasil, documentos às fls. 1753 a 1760.

Elaborei a planilha de cálculo de fls. 2931. onde fiz a simulação de cálculo da amortização e do saldo devedor em novembro de 1999, considerando a taxa de juros anual com base na taxa anual de juros da LIBOR e a diferença entre ela e a taxa de juros de 12,375 % como amortização. O saldo devedor em novembro de 1999, de acordo com a planilha foi de US\$ 33.746.750,00, valor próximo ao

empréstimo feito para a sua subsidiária no valor de US\$ 30.310.000,00 levando em consideração que a taxa de risco do Brasil em 1999 alcançou 1.779 pontos, 1000 pontos acima do patamar histórico de 700 a 800 pontos, e que os 1000 pontos equivalem a 10%. Podemos concluir a viabilidade da empresa ter renegociado a sua dívida antecipando a sua quitação. (...)

De fato, consta dos autos, conforme A tradução nº J-24442. Livro nº 287, folhas 98, pagina 1, às fls.2706, volume 14, a informação da possibilidade da Iochpe Maxion S/A. de fazer o pagamento em 08 de novembro de 1999, do principal, no total, mas não de forma parcial, a 100% do valor principal com juros incidentes até a data fixada para o resgate, cuja tradução se transcreve abaixo:

Os Títulos Especificados estão sujeitos a resgate, por opção do detentor de qualquer Título, em 08 de novembro de 1999 (a "Data de Resgate Opcional"), por um preço de resgate a 100% do valor principal dos Títulos Especificados, com juros incidentes. (destaquei)

Como se vê, tal indício guarda relação com a presente infração, pois independentemente da sustentabilidade da credibilidade dos Eurobônus que ficaram em "xeque" no tópico anterior, a possibilidade de quitação antecipada e todos os outros indícios que o acompanham expostos de forma bastante detalhada, razoável e convincente por ocasião do resultado de diligência, têm o condão de reforçar mais ainda que o passivo mantido pela Recorrente ou não existia em 2002 ou foi baixado de forma simulada através de uma série de operações complexas e artificiosas de forma a esconder omissões de receitas.

Conforme já afirmado alhures, a simulação absoluta presente no caso concreto diferencia-se da simulação relativa na medida em que cria apenas uma aparência que não se destina a ocultar por baixo dela um outro negócio dissimulado, diferentemente, portanto, da outra (simulação relativa) em que há necessidade da existência de um negócio jurídico oculto, aquele realmente intencionado.

Cabe salientar, por importante que a imputação de simulação absoluta refere-se à tentativa de justificar quitação de dívida² e não remissão, por parte da empresa no Brasil (Recorrente) em favor do credor localizado no exterior, Tugaske, sociedade de vida fugaz e coincidentemente detentora de um crédito em eurobonds emitidos em 1994.

Se a Recorrente é também credora da Iochpe-Maxion USA ou da Newbridge, suas subsidiárias integrais, por outras operações financeiras, isso por si só, obviamente não seria relevante para o litígio. O que é relevante e que não ficou provado pela Recorrente - sendo seu ônus mesmo fazê-lo, justamente para infirmar a sua história anterior (perdão da dívida) - é como tal crédito chegou à empresa Tugaske efetiva credora da Recorrente pela emissão dos títulos eurobonds em 2004. É nesse contexto que as sucessivas transferências de créditos ganham relevância justamente pela forma como se deu esse trânsito passando por empresas efêmeras e no mínimo suspeitas a começar pela sua subsidiária integral, a Newbridge, e terminando pela empresa (Tugaske) que fecha toda a ponta da operação através de uma dação em pagamento, ora considerada também contaminada pela simulação.

É nesse contexto a relevância da malograda comprovação do registro das aquisições dos eurobônus no valor de US\$ 38.270.000,00, feitas pela Tugaske junto ao Chase

² a remissão é a tese originalmente apontada pela Recorrente junto ao banco central e que remanesceu em fase de Autenticado digitalmente por VIVIANE VIDAL WAGNER, Assinado digitalmente em 03/10/2011 por ALEXANDRE ANTONIO ALKMIM TEIXEIR, nova justificativa não ser convincente, pois lastreada em negócio jurídico simulado.¹

Manhattan Trust and Banking Co., no Japão. Malogro este provocado seja pela não comprovação das transferência de custódia seja por também não existir qualquer registro em Cartório Público do contrato de novação, afora outras formalidades não atendidas conforme bem colocado pela DRJ, o que infirmaria os inúmeros indícios que desabonam essas operações que se lastreiam apenas na unilateralidade das assertivas de uma parte..

Em resumo, no caso concreto ocorreu simulação absoluta quanto à pessoa. A “especial concessão do credor” no caso concreto redundou em perdão da dívida e baixa do passivo sem reflexo correspondente no ativo representando omissão de receitas. A simulação no caso ocorreu no bojo da tentativa de justificar a quitação de dívida de eurobonds emitidos em 1994 não mais através de seu perdão, conforme informado originalmente ao banco central, mas através de complexas operações envolvendo a criação de empresa de fachada no exterior onde após sucessivas transferências de créditos entre empresas no exterior culminou com a quitação daquela dívida assumida em 1994 e que se vencia em 2002, através de operação de dação em pagamento contaminada por negócio jurídico de transferência de crédito considerado simulado quanto à pessoa.

Em face de todos esses indícios convergentes fica caracterizada a simulação, mantenho, portanto, o lançamento.

Multa Qualificada de 150% - Simulação

Ao restar caracterizada a prática de simulação, visando apenas impedir a ocorrência do fato gerador, declarando, inclusive, informações erradas ao banco central, conseqüentemente está configurada a hipótese de qualificação da multa, nos termos do art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996.

Mantenho, portanto, a referida multa.

BEFIEIX – COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS – TRAVA DE 30%

Ao efetuar o cálculo do IRPJ E da CSLL devidos o autuante considerou os prejuízos fiscais e as bases negativas da CSLL apurados em períodos anteriores, aplicando a limitação de 30% determinada pelos arts. 42 e 58 da Lei nº 8.981/95 (fls. 1110/1111).

Ocorre que o autuante e a DRJ desprezou o fato de que a recorrente como empresa industrial, era titular de Programa Especial de Exportação aprovado pela Comissão BEFIEIX, não estando, portanto, sujeita à limitação de 30% no ano-calendário de 2000, apenas no que se refere ao IRPJ (Compensação de prejuízos fiscais). Não há previsão legal para essa concessão em relação à CSLL, pois o benefício fiscal é apenas para o IRPJ.

A compensação de prejuízos fiscais de empresas titulares de Programa BEFIEIX encontra a sua matriz no art. 13 do Decreto-Lei nº 1.219/72, segundo o qual “o prejuízo verificado num exercício poderá ser deduzido, para compensação total ou parcial, dos lucros reais apurados dentro dos 6(seis) exercícios subsequentes, independentemente da

existência de lucros em suspenso ou reservas, desde que não sejam distribuídos lucros ou dividendos a seus sócios ou acionistas, enquanto na empresa houver prejuízos a compensar”.

Nesse mesmo diapasão:

Redação anterior da Lei nº 8.981/95:

“Art. 95. As empresas industriais titulares de Programas Especiais de Exportação aprovados até 3 de junho de 1993, pela Comissão para Concessão de Benefícios Fiscais a Programas Especiais de Exportação - Comissão Befiex, poderão, observado o disposto no art. 42, compensar o prejuízo fiscal verificado em um período-base com o lucro real determinado nos seis anos-calendário subseqüentes, independentemente da distribuição de lucros ou dividendos a seus sócios ou acionistas.”

Redação atual Lei nº 8.981/95 alterada pela Lei nº 9.065/95:

“Art. 95. As empresas industriais titulares de Programas Especiais de Exportação aprovados até 3 de junho de 1993, pela Comissão para Concessão de Benefícios Fiscais a Programas Especiais de Exportação - BEFIEEX, poderão compensar o prejuízo fiscal verificado em um período-base com o lucro real determinado nos seis anos-calendário subseqüentes, independentemente da distribuição de lucros ou dividendos a seus sócios ou acionistas. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)”

Vê-se que a Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995 deu nova redação ao referido artigo 95, deixando bem claro o afastamento da trava de 30% dos prejuízos fiscais para aquelas empresa beneficiadas pelo Befiex, na medida em que retirou de seu texto a expressão “observado o disposto no art. 42”.

Essa é inclusive a jurisprudência administrativa predominante:

“IRPJ – COMPENSAÇÃO INTEGRAL DE PREJUÍZO FISCAL – PROGRAMA BEFIEEX – O prejuízo apurado durante a vigência do programa BEFIEEX pode ser compensado integralmente na apuração do lucro real sem as limitações impostas pela Lei nº 8.981/95, mesmo após o término do programa. Recurso Provido” (Processo nº 13603.002411/2003-43, Oitava Câmara, Sessão de 13/04/2005)

No caso que se cuida, a recorrente comprovou, pelos documentos acostados aos autos e também pelo resultado de diligência, que foi titular do Programa Especial de Importação de Befiex (Doc. 33 – fls. 2209), no período compreendido entre 1982 e 1996. Comprovou também através de cópia do Lalur anexado à sua impugnação (doc. 34), que o prejuízo que pretendia ver compensado foi apurado em 1995, no valor de R\$ 139.155.223,31 e não foi utilizado até o final do ano-calendário de 2000, conforme inclusive foi verificado por esta autoridade julgadora junto aos controles do SAPLI.

Processo nº 19515.003013/2005-81
Acórdão n.º **1401-000.583**

S1-C4T1
Fl. 3.067

Contudo, como foi dado provimento parcial ao recurso em relação a infração do ano 2000, fica prejudicado esse aproveitamento.

Lançamento Reflexo (CSLL)

Por estar sustentado na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção da exigência lançada por via reflexa.

Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso para cancelar a infração relacionada ao ano-calendário 2000.

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto

Declaração de Voto

Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira

Mesmo após os amplos debates realizados por esta Corte no julgamento do presente feito e dos percuientes fundamentos adotados, como de praxe, pelo nobre Conselheiro Relator, não me convenci da procedência do auto de infração no que toca ao ano de 2002.

A acusação que paira sobre a Recorrente é a de que ela teria praticado ato simulatório, por meio do qual concedera remissão injustificada de uma dívida de US\$38.700.000,00 (trinta e oito milhões e setecentos mil dólares dos Estados Unidos da América), mediante o perdão de um empréstimo por ela concedido em favor de sua subsidiária no exterior.

A Recorrente alega não ter havido a remissão e, sim, dação em pagamento de referido crédito, para compensação com débitos seus decorrentes da emissão de eurobônus, ocorrida em 1994.

Segundo o entendimento da Autoridade Fiscal, corroborado pelo voto vencedor, o conjunto de indícios convergentes existente no caso é suficiente para se identificar a prática de simulação, tendente a ocultar a remissão do empréstimo feito pela Contribuinte à sua subsidiária no exterior.

Existem, de fato, elementos não naturais nas práticas realizadas pela Recorrente, assim como certa estranheza nas justificativas por ela apresentadas.

Todavia, também existem fortes elementos que afastam ou colocam em séria dúvida a versão dada pela Autoridade Fiscal aos fatos colhidos durante o procedimento fiscal. Vejamos.

1) Efetiva existência dos Eurobônus de 1994

O primeiro questionamento se refere à existência efetiva, ou não, dos eurobônus, no valor de US\$50.000,00 (cinquenta milhões de dólares dos Estados Unidos da América), títulos emitidos pela Recorrente, ao portador, no exterior, no ano de 1994.

Saber acerca da existência de referidos eurobônus é essencial pois, na versão da Recorrente, não teria havido remissão da dívida, mas sim dação em pagamento desse crédito com os débitos decorrentes da emissão dos eurobônus.

Tanto essa confirmação da emissão de referidos bônus era relevante que o zeloso Conselheiro Relator buscou solucionar a dúvida por meio de diligência (fls. 2399/2415), cujo resultado não acrescentou qualquer informação ou prova no sentido de existirem, ou não referidos eurobônus.

Assim, o voto vencedor entendeu pela não comprovação da existência dos eurobônus.

No entanto, *concessa venia*, o indício mais forte acerca da efetiva existência dos eurobônus foi ignorado das discussões havidas no julgamento do feito, restou

incontroverso que, em confirmação da versão dada pela Recorrente, o valor decorrente da captação dos US\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de dólares dos EUA) emitidos em 1994 efetivamente deu entrada no Brasil por meio de remessas vindas do exterior. Ainda, existem registros e remessas de valor a título de juros em pagamento de referidos bônus no curso do tempo, o que corrobora sua existência (fls. 1874 e ss). Por fim, todas as operações com os eurobônus encontram-se devidamente contabilizadas (fls. 1803 e ss).

O TVF parte do pressuposto que os eurobônus não existiam. Tão fraca é a convicção da Autoridade Fiscal em sua afirmativa que, quando da diligência pedida pelo CARF, ou seja, já em segundo grau de jurisdição administrativa, passou a dizer que os eurobônus existiram, mas foram liquidados antecipadamente em 1999 – questão que será analisada mais a frente.

Tenho assim que, se existem indícios da não existência dos eurobônus de 1994, também existem fortes indícios que apontam pela existência de referidos eurobônus. Não entendo, assim, diante dessa controvérsia, seja possível afirmar categoricamente que os eurobônus nunca existiram, por ausência de elementos consistentes na acusação formulada pela Autoridade Fiscal.

Desta forma, ausente prova direta da existência ou inexistência dos eurobônus, e havendo indícios convergentes no sentido de que os mesmos de fato existiram, entendo que deve ser afastado o entendimento da Autoridade Fiscal quando da lavratura do auto de infração.

2) Ausência de justificativa econômico-jurídica para as cessões de crédito

A Recorrente realizou, em 03 de novembro de 1999, dois contratos de empréstimo para a sua subsidiária Iochpe-Maxion USA, no valor total de US\$30.000.000,00 (trinta milhões de dólares dos EUA).

Segundo consta dos autos, em 1º de dezembro de 2000, a empresa Newbridge, localizada no exterior, por meio de contrato de cessão de crédito, assumiu a dívida da Iochpe-Maxion USA perante a Iochpe Brasil (Recorrente), ficando como credora da primeira. Dessa feita, a Iochpe-Maxion USA passou a ser devedora da Newbridge e a Newbridge passou a ser devedora da Recorrente.

A acusação fiscal aduz que não haveria justificativa econômico-jurídica para as cessões de crédito havidas entre a subsidiária da Recorrente, IOCHPE-MAXION USA e a Newbridge. A questão foi objeto de enormes questionamentos e de diligências, buscando aferir a razão pela qual teria havido a transferência da dívida. Por fim, descobriu-se que a Newbridge era uma segunda subsidiária da Recorrente, pelo que a cessão de crédito havia se dado entre duas subsidiárias integrais da Recorrente no exterior.

Permissa venia, a discussão é absolutamente inócua para a solução da controvérsia havida no presente feito.

A imputação de simulação constante do auto de infração refere-se a ocorrência de uma remissão de dívida por parte da empresa no Brasil (Recorrente) em favor do credor localizado no exterior. Se este credor é a Iochpe-Maxion USA ou a Newbridge; e se a Newbridge é, ou não, subsidiária da Recorrente, estes são dados absolutamente irrelevantes para o deslinde do feito.

Isso porque a constatação da ocorrência, ou não, da remissão, é indiferente quanto à pessoa do devedor, se é a Iochpe-Maxion USA ou a Newbridge.

Tenho profunda admiração pelo entendimento acerca dos conceitos de simulação generosamente ofertados pelo nobre Conselheiro Relator em seus votos, apesar de deles divergir quanto à importância da causalidade nos negócios jurídicos. No entanto, para a solução do presente feito, este pormenor é irrelevante.

De relevante, entendo que, na imputação de simulação relativa, deve-se buscar o ato dissimulado, para se saber o que foi omitido por meio do pacto simulatório. Ora, se existe simulação em um negócio jurídico, é por que houve a ocultação, a dissimulação de um negócio real.

E é este negócio real que deve perdurar e ser considerado quando a simulação é afastada.

No caso dos autos, se a cessão de crédito existente entre a Iochpe-Maxion USA e a Newbridge não passa de uma simulação, o efeito decorrente dessa imputação é o de considerar que a Iochpe-Maxion USA continuou sendo a devedora efetiva do empréstimo perante a Iochpe-Maxion Brasil, ora Recorrente.

E, encontrado o negócio real, pela inexistência da (simulada) cessão de crédito, tal fato em nada, absolutamente nada, é relevante na imputação de ter havido a remissão da dívida por parte da Recorrente.

Em suma: se houve a remissão do empréstimo, é irrelevante perquirir se o credor era a Iochpe-Maxion USA ou a Newbridge.

3) Falta de Comunicação da Operação para o Banco Central

Segundo alega a Recorrente, a operação de liquidação do empréstimo realizado em favor de sua subsidiária Iochpe-Maxion USA (ou Newbridge) teria sido registrado no Banco Central como graciosa, por não existir a opção de dação em pagamento.

Esclareceu, ainda, pela impossibilidade de se registrar a baixa do empréstimo como “pagamento”, sem o recebimento dos valores respectivos.

Entendo que as justificativas são razoáveis. Demais disso, é certo que a natureza das operações ora analisadas, até mesmo pela sua complexidade, não tem a sua natureza definida por um registro eletrônico perante o Bacen, mas sim pelas suas próprias características que ora estão sendo analisadas.

4) O Evento, os Fatos e as Provas Indiciárias

Se o meu posicionamento até então apresentado afasta os indícios apontados no voto vencedor da convicção de que ocorrera simulação, entendo que, de fato, não restou devidamente esclarecida a questão da Tugaske.

De fato, as “enormes coincidências” apontadas pelo voto vencedor e pelo TVF são, de fato, indícios de que existiu algo de anormal nas transações ora em análise. Reforça essa estranheza a efemeridade da própria Tugaske, que foi criada muito tempo após a emissão dos eurobônus, concentrou referidos títulos e foi extinta logo após o recebimento dos seus supostos créditos.

No entanto, não entendo que a acusação fiscal, da forma como feita no auto de infração, desvelou a realidade com fundamentos sustentáveis para a sua manutenção. Talvez essa verdade tenha surgido quando já não era mais possível mudar a imputação fiscal.

Conforme bem ressaltado pelo voto vencedor, o princípio da verdade real, é informativa do processo administrativo.

No entanto, os princípios da ampla defesa e do contraditório impõem que a versão dos fatos e os fundamentos jurídicos constantes do auto de infração sejam imutáveis – ressalvado o disposto no art. 149 do CTN. O lançamento fiscal, no processo administrativo, está limitado à acusação fiscal objeto de questionamento e essa não pode ser alterada. Não existe espaço na ordem processual administrativa, por força desses princípios constitucionais, para o que alguns chamam de “salvabilidade do auto de infração”, em que o processo administrativo funcionaria como uma forma de aperfeiçoar a autuação fiscal. Repudio veementemente esse tipo de condução.

O lançamento é ato administrativo que veicula a descrição do fato jurídico tributável e a norma individual e concreta de tributação. Durante o processo administrativo, quando se discute o lançamento, o fato jurídico tributável nele descrito não pode ser alterado, principalmente se alterar a própria norma individual e concreta de tributação.

Segundo James Marins, “nos termos do CTN, o lançamento, enquanto principal ato administrativo tributário, corresponde a função vinculada e obrigatória, competindo à autoridade administrativa verificar a ocorrência do evento imponível, procedente a descrição do fato e enquadrando-o no conceito da norma jurídica tributária de modo a extrair suas conseqüências jurídicas que conduzam à determinação do montante da obrigação tributária e da individualização dos sujeitos ativo e passivo da relação jurídica. Nessa tarefa, o agente administrativo deve colher, em obediência do dever de fiscalização, a ocorrência do evento no mundo fenomênico prevista como fato imponível, que representa o evento selecionado pelo legislador como apto a gerar obrigação tributária, e descrevê-lo formalmente para fins de verificar seu encaixe na descrição hipotética contida na norma jurídica tributária – denominada hipótese de incidência – e daí extrair as conseqüências obrigacionais previstas na norma jurídica”.

Diante disso, os fundamentos do fato jurídico descrito no lançamento não podem ser alterados, assim como não pode ser alterado o próprio fato jurídico ensejador da tributação. E, no presente caso, verifico que a Autoridade Fiscal diligenciante, em relatório conclusivo, passou a reconhecer a existência dos eurobônus de 1994, contrariamente ao que havia sido o fundamento do auto de infração, para entender que os referidos títulos haviam sido

totalmente resgatados e pagos em 1999, antes da liberação da âncora cambial. Assim, toda a operação que se seguiu teria sido um subterfúgio para dar baixa na dívida registrada em sua contabilidade. Vejam-se os termos da diligência fiscal, *in verbis*:

(...)A análise dos fatos e dos documentos constantes dos treze volumes do processo nº 19515.003013/2005-900, permitem que se conclua que a empresa MAXION S/A, liquidou parcial ou totalmente, a dívida em novembro de 1999, decorrente da emissão de US\$ 50.000.000,00, de eurobônus em novembro de 1994. Eles eram a rápida desvalorização do Real e da elevação da taxa de juros, por motivo da alteração na política econômica e cambial no ano de 1999, e o aumento da taxa de risco fixadas pelas agências internacionais.

As alterações nas políticas econômicas e cambiais do Brasil no ano de 1999, teve como origem as crises econômicas, internacionais: envolvendo a Coreia do Sul e os países asiáticos em 1997 e a Rússia em 1998.

Em 1997, um rápido processo de fuga de capitais e desvalorização Cambial entre os chamados tigres asiáticos- Tailândia, Malásia, Coreia do Sul Hong Kong, Indonésia e Filipinas - espalhou medo nos mercados internacionais, em grande parte pela surpresa de ver mercados supostamente sólidos e confiáveis sucumbirem a uma crise financeira. O mercado dos emergentes foi afetado pela primeira vez, mas o Brasil conseguiu passar.

A crise da Rússia decorreu da crise asiática, que fez com que o preço investidores, que feitos da crise da dos commodities caíssem em todo mundo e a Rússia, cuja economia dependia e depende largamente da exportação de commodities como gás natural e petróleo, declarasse o calote de sua dívida externa privada de curto prazo. A manobra acendeu a luz de alerta entre os investidores que passaram a evitar mercados emergentes. Após ter, passado quase sem sentir os efeitos da crise da Ásia, o Brasil foi afetado, enfrentando forte fuga de dólares.

O governo reagiu elevando a taxa de juros, que chegou ao pico de 45% no início de 1999, e desvalorizando p Real, que até então mantinha a paridade com o dólar. O câmbio passou a ser flutuante, a partir de fevereiro de 1999, o que ocasionou, a sua rápida desvalorização.

As Agencias internacionais classificadoras de risco aumentaram a taxa de risco Brasil no ano de 1999, decorrente da crise econômica, internacional motivada pela quebra da Rússia, e ele se estendeu para o ano de 2000. A taxa de risco em janeiro de 1999 atingiu a 1779 pontos. O patamar histórico era de 700 a 800 pontos. As eleições presidenciais no de 2002 com a possibilidade de ser eleito o candidato Luis Inácio Lula da Silva do Partido dos Trabalhadores fez com que a desvalorização do Real no ano de 2002, se acentuasse e a cotação do dólar para a venda chegou em dezembro de 2002 a R\$ 3,5330 e a taxa de risco do. Brasil atingiu os 2.100 pontos.]

Os indícios que acusam a quitação antecipada dos eurobônus: são o empréstimo para a sua subsidiária Iochpe Maxion Inc. sediada em Miami USA feito em 03 de novembro de 1999, de US\$ 30.310.000,00, que tiveram como origem dos recursos a emissão de 938.155 debêntures, ao preço de R\$ 180,00, registrada em 16/10/1998, com data encerramento de distribuição em 25/03/1999, e vencimento em 01/05/2005; aviso de crédito do Banco Bradesco, instituição depositária das debêntures citadas no item 6, no valor de R\$ 21.371.671,98, referente a 1ª emissão alienada de 5.274 debêntures ao preço unitário de R\$ 4.052,27, documento às fls. 1760, em 03/11/1999, empréstimos junto ao UNIBANCO no valor de RS

21.374.100,00 equivalente a US\$ 11.000.000,00 , em 03/11/1999 e outro na mesma data de R\$ 21.474.200,00 equivalente a US\$ 11.000.000,00, do Banco Bradesco, por meio da Resolução 63 do Banco Central do Brasil, documentos às fls. 1753 a 1760...

Elaborei a planilha de cálculo de fls. 2931. onde fiz a simulação de cálculo da amortização e do saldo devedor em novembro de 1999, considerando a taxa de juros anual com base na taxa anual de juros da LIBOR e a diferença entre ela e a taxa de juros de 12,375 % como amortização. O saldo devedor em novembro de 1999, de acordo com a planilha foi de US\$ 33.746.750,00, valor próximo ao empréstimo feito para a sua subsidiária no valor de US\$ 30.310.000,00 levando em consideração que a taxa de risco do Brasil em 1999 alcançou 1.779 pontos, 1000 pontos acima do patamar histórico de 700 a 800 pontos, e que os 1000 pontos equivalem a 10%. Podemos concluir a viabilidade da empresa ter renegociado a sua dívida antecipando a sua quitação. (...)

Em análise de referida diligência, o voto vencedor assim se posicionou, *in verbis*:

De fato, consta dos autos, conforme A tradução nº J-24442. Livro nº 287, folhas 98. pagina 1, às fls.2706, volume 14, a informação da possibilidade da Iochpe Maxion S/A. de fazer o pagamento em 08 de novembro de 1999, do principal, no total, mas não de forma pacial, a 100% do valor principal com juros incidentes até a data fixada para o resgate, cuja tradução se transcreve abaixo:

Os Títulos Especificados estão sujeitos a resgate, por opção do detentor de qualquer Título, em 08 de novembro de 1999 (a "Data de Resgate Opcional"), por um preço de resgate a 100% do valor principal dos Títulos Especificados, com juros incidentes. (destaquei)

Como se vê, tal indício guarda relação com a presente infração, pois independentemente da sustentabilidade da credibilidade dos Eurobônus que ficaram em "xeque" no tópico anterior, a possibilidade de quitação antecipada e todos os outros indícios que o acompanham expostos de forma bastante detalhada, razoável e convincente por ocasião do resultado de diligência, têm o condão de reforçar mais ainda que o passivo mantido pela Recorrente ou não existia em 2002 ou foi baixado de forma simulada através de uma série de operações complexas e artificiosas de forma a esconder omissões de receitas.

Permissa venia, não existe espaço para essas dúvidas em um auto de infração fiscal. Não se pode manter uma acusação fiscal que se funda em um, ou em outro fundamento antagônicos, mediante um, ou outro enquadramento de fato incompatíveis entre si.

Vejamos:

A versão constante do auto de infração é a de que (i) os eurobônus não existem; (ii) a Recorrente realizou um empréstimo de US\$30.000.000,00 para sua subsidiária Iochpe-Maxion USA, no exterior; (iii) a Recorrente perdeu o referido empréstimo; e (iv) realizou negócios simulados (transferência do crédito da Iochpe-Maxion USA para a Newbrige, e dação em pagamento pela Recorrente à Tugaske com quitação dos eurobônus) objetivando ocultar a remissão da dívida. Como consequência desses fatos, tributou-se a

omissão de receita decorrente do perdão da dívida da Recorrente, na condição de credora, com a Iochpe-Maxion USA (ou Newbridge), como devedora.

Na nova versão apresentada pela conclusão do relatório de diligência, teria ocorrido o seguinte: (i) a Recorrente emitiu eurobônus em 1994; (ii) em 1999, temendo a liberação da âncora cambial, mormente pelo cenário econômico mundial, a Recorrente resolveu antecipar o pagamento de referidos eurobônus; (iii) para tanto, a Recorrente simulou um empréstimo com a sua subsidiária Iochpe-Maxion USA, remetendo-lhe US\$30.000.000,00, captados internamente mediante a emissão de debêntures, para amortização parcial dos eurobônus; (iv) em 1999, a Iochpe-Maxion USA resgatou os eurobônus emitidos pela Recorrente; e (v) a Recorrente, em 2002, simulou a dação em pagamento com a Tugaske para justificar a liquidação do falso empréstimo entre a Recorrente e a Iochpe-Maxion USA e evitar que o mesmo fosse enquadrado como perdão da dívida.

As versões são completamente antagônicas. E pior: o efeito fiscal decorrente de cada uma das versões também é diverso.

Na versão do auto de infração, ocorreu efetivamente um perdão da dívida da Iochpe-Maxion USA perante a Recorrente. E este é o fundamento da omissão de receita tributada no auto de infração.

Na versão do relatório conclusivo da diligência, o empréstimo da Recorrente com a Iochpe-Maxion USA seria uma simulação, objetivando ocultar o pagamento antecipado dos eurobônus. Se o empréstimo não existiu, e a Recorrente não era credora da sua subsidiária, então não pode ser havido o perdão da dívida, e por consequência, não há que se falar em omissão de receita pelo perdão da dívida que não existia.

Dessa conclusão de diligência fiscal, extraio o seguinte: (i) a afirmativa da existência da ocorrência da remissão da dívida não está pautada em indícios convergentes da forma como descrita no auto de infração; e (ii) a nova acusação fiscal feita no relatório conclusivo da diligência é imprópria para reforçar o auto de infração, e infirma os fundamentos da autuação fiscal original.

Diante do exposto, não vejo outra solução senão votar pelo cancelamento do auto de infração. E o faço não na convicção de que o contribuinte possui razão quanto o mérito das operações realizadas, mas sim pela inconsistência da versão fática apresentada pela Autoridade Fiscal, mormente diante das contradições supra apresentadas.

É como voto, com a renovada vênia ao nobre Conselheiro Relator.

(assinado digitalmente)

Alexandre Antonio Alkmim Teixeira