



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
PRIMEIRA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 13/12/06
Márcia Cristina Moreira Garcia
M. S. 0117502

CC02/C01
Fls. 899

Processo nº 19740.000057/2004-13
Recurso nº 130.090 Voluntário
Matéria IOF
Acórdão nº 201-79.603
Sessão de 20 de setembro de 2006
Recorrente BANCO SANTANDER S.A.
Recorrida DRJ em São Paulo - SP

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 22/02/07
Rubrica

República em 23.02.07

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

Período de apuração: 30/01/1999 a 19/06/1999

Ementa: INCIDÊNCIA.

É devido o IOF previsto no art 4º, e § 1º da Portaria MF nº 348/98, nas operações de renda fixa, travestidas de renda variável, através de opções de swap cambial.

ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA.

O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.894/94 autoriza o Poder Executivo a promover alteração de alíquotas do IOF.

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.
ARGÜIÇÃO

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de norma vigente.

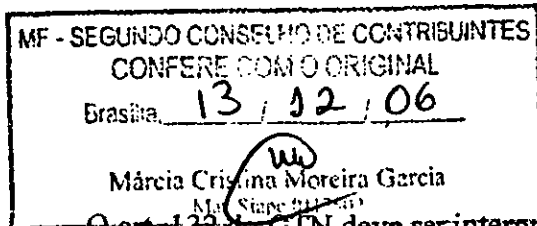
MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO.
CABIMENTO.

A existência de diversas provas indiciárias, contundentes, congruentes e convergentes, demonstrando a utilização de condições e cláusulas não verdadeiras, denotam o objetivo de ocultar a ocorrência do fato gerador o que constitui evidente intuito de fraude, fato que autoriza a aplicação de multa agravada.

MULTA DE OFÍCIO. SUCESSÃO. APLICAÇÃO.

Handwritten signature

Handwritten signature



O art. 132 do CTN deve ser interpretado em harmonia com o art. 129 do mesmo diploma legal, sendo a sucessora responsável, perante o Fisco, pela regularização da situação fiscal da sucedida. Entendimento diverso significaria privilégio superior ao instituto da denúncia espontânea, incompatível com o sistema coercitivo de cumprimento da norma.

Ademais, a mera alteração do quadro societário e eventual alteração da razão social não constituem sucessão, pois o sujeito passivo permaneceu o mesmo, posto que pessoa jurídica é distinta dos sócios que a compõem.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

É jurídica a exigência dos juros de mora com base na taxa Selic.

Recurso negado.

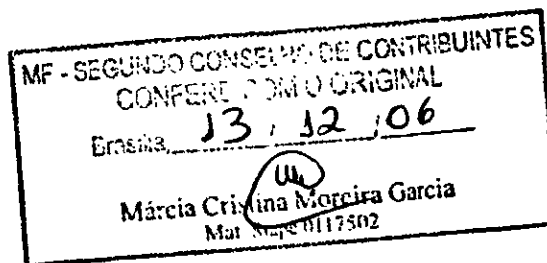
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, em negar provimento ao recurso, nos seguintes termos: I) por unanimidade de votos: a) para considerar sujeitas ao IOF as operações WAVE; e b) quanto à taxa Selic; e II) pelo voto de qualidade, para manter a multa agravada. Vencidos os Conselheiros Roberto Velloso (Suplente), Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, que apresentou declaração de voto, Fabiola Cassiano Keramidas e Gustavo Vieira de Melo Monteiro, que excluíam a multa em razão da sucessão. Fez sustentação oral o Dr. José Andrés Lopes da Costa Cruz, advogado da recorrente.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES
Presidente

Maurício Taveira e Silva
MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva e José Antonio Francisco.



Relatório

BANCO SANTANDER S.A., devidamente qualificado nos autos, recorre a este Colegiado, através do Recurso de fls. 794/837, contra o Acórdão nº 6.732, de 22/03/2005, prolatado pela 8ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo - SP, fls. 741/780, que julgou procedente o Auto de Infração de fls. 518/520, referente ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF, referente ao período de 24/01/99 a 16/06/99 (fl. 465), perfazendo um total de R\$ 50.940.640,77, à época do lançamento, incluindo multa agravada, cuja ciência ocorreu em 29/01/2004.

Conforme o "Termo de Verificação Fiscal" de fls. 449/466, o lançamento foi motivado pelo não recolhimento do IOF em operações com títulos e valores mobiliários. Esclareceu, inicialmente, o autuante que a Fiscalização foi instaurada em razão de ofício do Banco Central, Defis/GTPAL-2000/403, de 21/06/2000, cuja cópia foi anexada às fls. 272/273.

Como consequência, foi conduzida uma ação fiscal que deu origem à exigência do IRRFonte incidente sobre as operações financeiras caracterizadas como de renda fixa, lançado no PAF nº 10768.015833/2001-46. Essas mesmas operações financeiras ensejaram, em outra ação fiscal, o presente lançamento do IOF, pelas razões a seguir arroladas.

O Banco Bozano, Simonsen S/A (atual Banco Santander S/A) teria criado um produto financeiro, denominado WAVE, com a aparência de aplicação financeira de renda variável, mas que na realidade era uma aplicação de renda fixa. Com isso teria pretendido que a tributação mais favorável das aplicações financeiras de renda variável fosse empregada em uma aplicação de renda fixa, visto que a alíquota do IRRF, incidente sobre o rendimento obtido em aplicações de renda fixa, em 1997, era de 15% e, em 1998 e 1999, de 20%, enquanto que em aplicações de renda variável era de 10%. Também se verificou preços de resgates com valores diferentes para um mesmo dia. Este fato é consequência de diferentes rentabilidades pactuadas entre o banco e os seus clientes. Tomou-se como exemplo os resgates efetuados no dia 25/05/99 pelos clientes Luz Publicidade Ltda. (CNPJ 34.270.942/0001-01) e Fertilizantes Ouro Verde (CNPJ 60.633.559/0001-80).

Foram realizadas diligências junto à Cia. de Eletricidade do Rio de Janeiro - CERJ, que fez aplicações no produto WAVE, para confirmar o seu entendimento acerca do método adotado para o cálculo do custo de aquisição do investimento.

Houve representação fiscal para fins penais, através do Processo nº 19740.000058/2004-50, conforme fls. 528 e 541.

Tempestivamente, o contribuinte apresentou a impugnação de fls. 542/607, aduzindo, em síntese, que:

[Assinatura]

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONJUNTO DE CONTRIBUINTES
COM O ORIGINAL
Brasil 13/12/06
Márcia Cristina Moreira Garcia
Mat. Suple 6117502

CC02/C01
Fls. 902

1. a fundamentação legal do auto de infração estaria absolutamente equivocada, havendo insanáveis incongruências e contradições no que se refere à determinação do critério jurídico adotado, configurando evidente erro de direito, insusceptível de ser alterado em virtude do consagrado princípio da imutabilidade do lançamento;

2. as transações envolvendo opções de *swap* cambial série WAVE seriam, inquestionavelmente, de renda variável e ainda que as transações ora examinadas pudessem ser consideradas como se fossem de renda fixa, não se poderia falar na possibilidade de exigir-se o IOF, previsto no art. 63, inciso IV, do CTN, em razão da manifesta inexistência de quaisquer títulos ou valores mobiliários no caso sob análise. Também não poderia o Poder Executivo alterar a alíquota do IOF por decreto e muito menos por portaria ministerial;

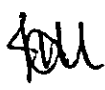
3. afirma que não se verificariam os elementos subjetivos e objetivos capazes de autorizar a presunção de dolo, fraude ou simulação, presunção esta que não pode subsistir em qualquer hipótese, seja diante da inexistência de qualquer prova concreta, a menos da declaração da CERJ que, evidentemente, não merece fé e não pode ser utilizada nestes autos pelas razões já expostas, seja em razão da ausência de elementos de fato e de direito capazes de fazer presumir ter havido evasão fiscal ilícita ou, ainda, diante da própria inexistência de norma legal determinando a incidência do IOF/Títulos sobre as transações objeto de questionamento, o que somente veio a ocorrer por ocasião da Portaria MF nº 348/98, ou seja, em momento posterior ao início das transações no ano de 1997; e

4. a multa de ofício não poderia ser exigida do impugnante, devido a troca de seu controle acionário, ocorrida em 18/01/2000, em face do princípio constitucional da intransferibilidade das penas e em obediência ao disposto no artigo 133 do CTN. Afirma, ainda, que a taxa Selic seria imprestável para a correção de créditos tributários, não teria amparo em lei e sim em normativo do Banco Central do Brasil.

Em 25/05/2004, os autos foram baixados em diligência, sendo os mesmos enviados à Delegacia de origem, Difis/Deinf/RJO, para que, em face da economia processual, eventuais provas produzidas naquele, em decorrência de diligência, que pudessem corroborar o entendimento sobre as operações, fossem juntadas aos autos do presente.

Como resultado da diligência, a Fiscalização acostou aos autos o Anexo nº 1 composto por 26 (vinte e seis) volumes. Às fls. 672/676, fez constar a relação de clientes do interessado diligenciados e a resposta dada por cada uma delas, no sentido de ter sido a aplicação oferecida pelo banco, de renda fixa ou de renda variável. Do total de 496 clientes, 325 foram diligenciados. Alguns documentos fornecidos pelos diligenciados revelaram que o produto financeiro WAVE era oferecido pelo banco aos seus clientes com uma garantia de rentabilidade representada por um percentual do CDI, típica das aplicações de renda fixa; o produto WAVE nada mais seria do que o sucessor do produto financeiro denominado EASY, que foi oferecido, pela Bozano, Simonsen S/A DTVM, à época, a seus clientes, no período de janeiro a novembro de 1997.

O interessado foi cientificado da diligência em 13/12/2004, conforme fl. 715, tendo apresentado as razões aditivas de impugnação, fls. 716/730, em 07/01/2005, alegando em síntese que:

MF - SEQUÊNCIA DE DOCUMENTOS ORIGINAL Cópia: <u>33 1 A 2 1 06</u> Márcia Cristina Almeida Garcia Mat. Supl. 0112502

1. os documentos juntados aos autos por ocasião da diligência seriam irrelevantes para o deslinde da controvérsia da exigência do IOF e ainda que as transações ora examinadas pudessem ser consideradas como de renda fixa, mesmo assim não se poderia falar na possibilidade de exigir-se o IOF, uma vez que inexisteriam quaisquer títulos ou valores mobiliários no caso sob análise;

2. a motivação que teria levado o auditor-fiscal a lavrar o auto de infração que formalizou a exigência do IRRF, qual seja, o suposto caráter predeterminado dos rendimentos produzidos, capaz de ensejar a tributação pelo Imposto de Renda segundo os mesmos critérios aplicáveis às operações de renda fixa, nada teria a ver com a motivação que levou à lavratura do auto de infração para exigir o IOF/Títulos; e

3. baseando-se nos princípios da eficiência, celeridade processual e verdade material, o impugnante requereu o desentranhamento do Termo de Diligência Fiscal e os 26 volumes que o acompanham dos autos do presente processo e, caso não fosse acolhido esse pedido, que levassem em consideração comentários sobre os documentos juntados aos autos, quais sejam: a Fiscalização teria formulado perguntas aos clientes do impugnante de forma indutiva e cavilosa; a prova testemunhal seria inválida; e não teria sido correto o critério de amostragem adotado pela Fiscalização. Ainda questionou documentos referidos no Termo de Diligência.

A autoridade de primeira instância decidiu, por unanimidade de votos, considerar o lançamento procedente, tendo o Acórdão a seguinte ementa:

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

Período de apuração: 30/01/1999 a 19/06/1999

Ementa: IOF. INCIDÊNCIA. OPERAÇÕES DE RENDA FIXA. Por expressa disposição na legislação tributária, incide IOF nas aplicações de renda fixa, ainda que travestidas de transações de opções com swap cambial, não sendo necessária a emissão de títulos para a materialização da relação obrigacional.

IOF. ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTAS. Dentre as limitações constitucionais ao direito de tributar, é facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas do IOF.

PROVA EMPRESTADA. CARACTERIZAÇÃO. Não existe qualquer vedação à utilização de informações contidas em outro processo administrativo fiscal, quando se trata de apurar a ocorrência do fato gerador de tributo diverso, incidente sobre as mesmas operações, devido pelo mesmo contribuinte.

FRAUDE TRIBUTÁRIA. SIMULAÇÃO. Constitui fraude tributária, a prática de operações para simular a realização de operações de aplicação financeira de renda variável, mas que produzem rendimentos predeterminados, apenas para enquadramento em categoria tributária mais favorável.

MULTA QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. CABIMENTO. A realização habitual de operações simuladas cujo único objetivo é ocultar a ocorrência de fato gerador de tributo com alíquota majorada constitui

[Assinatura]

[Assinatura]

MF - SEGUNDA CÂMARA DE CONTRIBUÍVEIS	CC02/C01
COM. 1.ª CÂMARA DE CONTRIBUÍVEIS	Fls. 904
Processo 13.12.06	
Márcia Cristina Colares Garcia	
Mat. Siapa 0117502	

evidente intuito de fraude e impõe a aplicação da multa de ofício no percentual de 150%.

MULTA DE OFÍCIO. RESPONSABILIDADE. A simples alteração da denominação da sociedade não elide a responsabilidade por multa de natureza fiscal por infração anteriormente cometida.

TAXA SELIC. A utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo discutir.

Lançamento Procedente".

O contribuinte apresentou tempestivamente, em 17/05/2005, recurso voluntário, fls. 794/837, aduzindo as mesmas questões de direito anteriormente apresentadas e requerendo, ao final, desconstituição do lançamento e, na hipótese de ser mantido, sua revisão, a fim de excluir a correção pela taxa Selic, adequando o montante do crédito tributário ao art. 161 do CTN. Requer, ainda, a integral exclusão das multas de ofício, ou sua revisão para o percentual de 75%.

No despacho de fl. 843 consta ter sido efetuado o depósito recursal necessário.

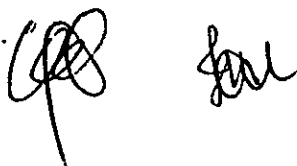
Posteriormente, em 17/05/2006, o contribuinte apresentou razões aditivas ao recurso voluntário (fls. 847/855), acompanhadas dos anexos de fls. 856/895, consubstanciadas nos acórdãos prolatados pela Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes em sede de Recurso e Embargos de Declaração, este interposto pelo próprio Relator e Presidente da Câmara, sendo ambos referentes ao Processo nº 10768.015833/2001-46 (Recurso nº 145.581).

O interessado entende ser cabível a juntada de documentos com fulcro nos arts. 3º, inciso III, e 38, da Lei nº 9.784/99, e art. 16, inciso IV (*sic*), § 4º, alínea "a", do Decreto nº 70.235/72, pela impossibilidade de apresentação oportuna por motivo de força maior.

Os documentos apresentados dão conta do julgado no processo supramencionado, cuja decorrência com os presentes autos é aduzida pelo recorrente, alegando que ambos ***"têm por base o mesmo fato-causa, qual seja, a suposta existência de operações de renda fixa, simuladas sob a aparência de renda variável, numa íntima e indissociável relação de decorrência ou reflexividade."*** (grifos constam do original).

Além da decorrência ou reflexividade entre os processos, o autuado apresenta, em apertada síntese, os seguintes argumentos: a) o Acórdão sobre o mesmo fato-base deste processo concluiu pela inexistência de simulação, não restando comprovado o caráter de renda fixa das operações; b) não é admissível novo exame e valoração da mesma prova por se tratar de coisa julgada administrativa, no âmbito dos Conselhos de Contribuintes e dentro da própria Administração pública; e c) os pressupostos fáticos já decididos ensejam relação de prejudicialidade entre os dois processos.

É o relatório.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 13/12/06
Márcia Cristina Moreira Garcia Mat. Supl. 0117502

Voto

Conselheiro MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA, Relator

O recurso originariamente apresentado é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual dele se conhece.

Quanto às razões aditivas, extemporaneamente apresentadas, entendo encontrar abrigo para sua apreciação no art. 16, § 4º, alínea, "a" c/c a "b", do Decreto nº 70.235/72, por se tratar de fato superveniente, qual seja, o julgamento do Processo nº 10768.015833/2001-46, ocorrido posteriormente à entrega do recurso.

Os aspectos relevantes dos documentos, posteriormente acostados aos autos, referentes à decisão prolatada no processo anteriormente mencionado, são os que a seguir se relatam.

Às fls. 871/892, localiza-se o acórdão proferido pela Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, em cujas fls. 891/892 encontram-se as considerações do i. Conselheiro-Relator do voto condutor sobre os juros moratórios isolados e, ao final, a parte dispositiva do voto, assim consignadas, *verbis*:

"Quanto aos juros moratórios isolados, segundo o Auto de Infração, trata-se de Falta de Recolhimento dos Juros de Mora (IRRF) Imposto de Renda na Fonte recolhido após o vencimento do prazo legal, sem o recolhimento dos respectivos juros de mora, referentes aos meses de janeiro de 1997 a dezembro de 1999.

Como visto, da decisão relativa à multa isolada verificou-se que não houve recolhimento de imposto depois de vencido o prazo pela pessoa jurídica autuada. A própria fiscalização deixa registrado que os beneficiários dos rendimentos decorrentes das aplicações recolheram o imposto devido. Há que se considerar, também, neste caso, que os fatos do lançamento não correspondem com a verdadeira situação do contribuinte.

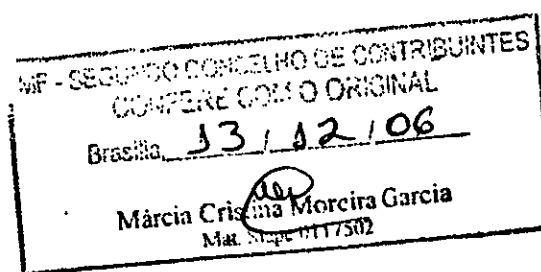
Em face do exposto, voto por DAR provimento ao recurso, deixando de examinar as razões de mérito." (grifos constam do original).

Em se tratando dos Embargos de Declaração, à fl. 858, assim encontra-se consignado em seu relatório, *verbis*:

"O Conselheiro José Ribamar Barros Penha, relator do Acórdão nº 106-15.150, de 07 de dezembro de 2005, que deu provimento ao Recurso Voluntário da interessada, ao assinar o Acórdão considerou oportuna a oposição de Embargos de Declaração, com base no art. 27 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998, por omissão quanto a apreciação da exigência de juros de mora isolados, conforme os termos do Despacho nº 106-009/2006, fls. 2910-2911, que lido em sessão de fevereiro foi acatado pela Câmara.

Registra que 'decidido pelo afastamento da multa isolada por ausência de previsão legal, foi dado provimento ao recurso do contribuinte também quanto aos juros de mora isolados, entendendo-se os fatos não correspondem à verdadeira situação da contribuinte. Sem dúvida, esta

juu *CEP*



é a matéria de mérito cuja apreciação não mereceu o devido enfrentamento do litígio.

É o Relatório."

Portanto, conforme se constata, os Embargos de Declaração decorreram do enfrentamento inadequado, na opinião do Relator, da exigência dos juro de mora isolados.

Nesses Embargos o Relator faz uma série de considerações sobre a operação efetuada pelo contribuinte, entendendo que a Fiscalização não logrou comprovar a ocorrência de simulação. Essas considerações levam o contribuinte a argumentar acerca da impossibilidade do enfrentamento da ocorrência ou não de simulação decorrente da aplicação em renda fixa travestida de renda variável, fato que, por ter sido objeto de exame em outro processo administrativo, constitui-se em coisa julgada administrativa.

Quanto a esta afirmativa, de plano, não assiste razão ao recorrente, posto que, de forma expressa e diversa, dispõe o art. 469 do CPC, o qual se transcreve, *verbis*:

"Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo".

Conforme é cediço, apenas o dispositivo da sentença transita em julgado. Sobre o tema assim leciona o ilustre jurista Luiz Fux em sua obra intitulada "Curso de Direito Processual Civil", ed. Forense, 2001, pp. 705/707:

"O que nos interessa estabelecer é o âmbito de imutabilidade do julgado, uma vez que, consoante se afirmou anteriormente, nem tudo o que o juiz conhece ele julga.

(...)

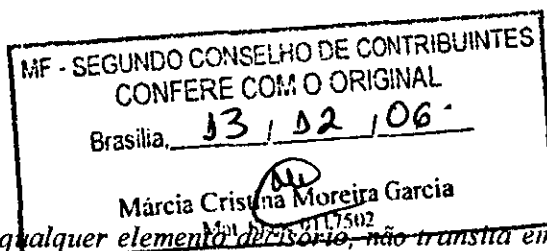
A verdade dos fatos escapa dessa eficácia de imutabilidade posto que ditada por amplo subjetivismo do juiz na análise do material cognitivo. O que se revela verdade para um juízo pode não sê-lo para outro. Não há qualquer instrumento jurídico processual capaz de revestir essa verdade com a força da coisa julgada.

Os motivos determinantes⁴⁸ para concluir, também se encartam na construção subjetiva do julgado, razão pela qual a coisa julgada passa ao largo desse componente do decisorum."

Complementando o tema, recorre-se ao insigne mestre Chiovenda (*apud* Fux, cit., p. 707), quanto à justificativa de os motivos se situarem fora do alcance da coisa julgada: *"O juiz enquanto razão não representa o Estado, apresenta-o enquanto afirma a vontade"*.

Acrescentem-se, ainda, os valiosos ensinamentos do consagrado doutrinador Alexandre Freitas Câmara in "Lições de Direito Processual Civil", Vol. I, 6ª edição, Ed. Lumen Juris, 2001, p. 404, da qual se extrai o esclarecedor excerto:

"Completa-se este sistema com o que vem disposto nos arts. 469 e 470 do CPC. Com base nestes dispositivos se pode afirmar que apenas o dispositivo da sentença transita em julgado.²² O relatório, que



obviamente não contém qualquer elemento decisório, não transitou em julgado. Quanto à motivação da sentença, esta não é alcançada pela coisa julgada, como se verifica pela leitura do art. 469 do CPC.²³

Pode-se pensar num exemplo capaz de ilustrar o ponto. Imagine-se que Caio propõe ação em face de Tício alegando que sobre o imóvel do réu há uma servidão de caminho em benefício do seu, e que o réu teria construído um muro que impede a utilização da passagem, razão pela qual pede a sua condenação ao pagamento de uma indenização pelos danos causados. Tício contesta afirmando inexistir a referida servidão. O juiz, considerando existir a servidão, e tendo em vista a construção do muro, condena Tício a indenizar Caio, tendo a sentença transitado em julgado. Posteriormente, Tício ajuíza em face de Caio 'ação declaratória de inexistência de servidão', pedindo tão-somente que se declare inexistir, sobre seu imóvel, qualquer servidão em benefício do prédio do réu.²⁴ No sistema vigente entre nós, nada impede que se aprecie esta demanda, sendo mesmo possível que se venha a declarar inexistente a servidão, sem que haja qualquer ofensa à coisa julgada. Isto porque, naquele primeiro processo, apenas o dispositivo da sentença transitou em julgado, o que significa dizer que apenas o comando condenatório da sentença, que determinou que Tício indenizasse Caio, tornou-se imutável e indiscutível, pouco importando os motivos. Note-se que, ainda que se declare a inexistência da servidão, será impossível se pleitear a repetição do que havia sido pago, uma vez que o dispositivo daquela primeira sentença foi coberto pela autoridade de coisa julgada."

Portanto, conforme se conclui, a coisa julgada material não abrange as premissas da decisão, razão pela qual este Colegiado deverá apreciar toda a matéria, objeto do presente processo, não havendo que se vincular às considerações, sobretudo àquelas efetuadas em sede de Embargos de Declaração no processo supracitado.

Vencida esta etapa, passa-se à apreciação dos fatos inerentes a este processo.

Com a devida vênia, os quase vinte anos dedicados à labuta em diversas instituições financeiras pelas quais este Relator transitou, o obrigam a ousar divergir dos entendimentos esposados no voto condutor referente ao processo precitado, julgado na Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Desse modo, passa-se a expor os motivos pelos quais se conclui que as operações, objeto deste processo, são, na verdade, operações de renda fixa.

A despeito da aparente complexidade do presente processo, este decorre de falta de pagamento do IOF, imposto utilizado com a finalidade de suprir a ausência da CPMF ocorrida no período de 24/01/99 até 16/06/99.

Visando uma melhor compreensão dos fatos, faz-se um breve relato da evolução legislativa acerca da matéria.

Por meio da EC nº 12/96, da Lei nº 9.311/96 e da Lei nº 9.539/97, foi criada a CPMF, cuja provisoriedade de dois anos vigoraria de 23/01/97 a 23/01/99. Através da EC nº 21, de 18/03/99, sua cobrança é prorrogada por trinta e seis meses. Porém, em obediência ao prazo nonagesimal, sua arrecadação se reiniciou em 17/06/99.

Deste modo, durante o período de 24/01/99 até 16/06/99 houve um hiato no recolhimento aos cofres públicos das contribuições decorrentes da CPMF, a qual foi suprida pela edição da Portaria MF nº 348/98, que altera a alíquota de IOF para 0,38% nas situações que menciona.

su *CAF*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>13 / 12 / 06</u> Márcia Cristine  Almeida Garcia Mat. Nupre 0117502

Assim estabelece o art. 4º e § 1º da Portaria MF nº 348/98, *verbis*:

"Art. 4º Fica alterada para 0,38% a alíquota do IOF incidente sobre operações relativas a títulos ou valores mobiliários.

§ 1º O IOF de que trata este artigo incidirá sobre o valor de aquisição do título ou valor mobiliário, inclusive quota de fundo de investimento ou de clube de investimento.

§ 2º Ficam sujeitas à alíquota zero as operações:

I - de titularidade das instituições financeiras e das demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil;

II - das carteiras dos fundos de investimento e dos clubes de investimento;

III - do mercado de renda variável, inclusive as realizadas em bolsas de valores, de mercadoria, de futuros e entidades assemelhadas;"
(grifei)

Portanto, conforme se verifica no presente caso, as operações relativas a títulos e valores mobiliários decorrentes de renda variável não pagarão o IOF, posto que a alíquota é zero, o que não ocorre nas operações de renda fixa, sobre as quais incide a alíquota de 0,38%.

Segundo consignado no Termo de Verificação Fiscal, à fl. 449, a operação da qual decorre o presente lançamento foi denominada pelo recorrente de WAVE, sendo que este produto consiste em opções de compra de "swap" de taxa pré e variação cambial com juros, ou seja, conforme descrito nas Notas de Negociação: *"cada opção equivale ao direito de participar como contra-parte e na data de exercício da respectiva série, de um contrato de swap, de valor de base de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), com as seguintes características:*

Serie: WAVE

Início: 29/12/2015

Vencimento: 29/12/2016

Taxas c/ Indexador:

Participante – Pré: 30,0% aa.

Contra-Parte – US\$ + 6% aa."

Pela especificidade da operação, sem o propósito de dissertar, faz-se necessário tecer um breve comentário acerca desse produto, decompondo-se seus elementos, para melhor compreensão da operação e de seus objetivos.

Desse modo, analisa-se um dos seus elementos, o "swap", uma espécie de derivativo, cujo objetivo é a troca de posições assumidas. Como exemplo tem-se um empresário que tomou empréstimo em dólar e, por não ser exportador e portanto não vender seus produtos em dólar, teme uma possível valorização desta moeda, fato que lhe causaria prejuízos. Visando eliminar esse risco de variação cambial, recorre a uma instituição financeira que viabilizará a intermediação, de modo a conseguir-lhe um cliente em posição oposta, ou seja, seja exportador que tenha tomado dinheiro em reais e com interesse em torná-lo indexado ao dólar, ou, um simples especulador que esteja disposto a assumir o risco no lugar do empresário que originariamente tomou empréstimo em dólar.

Quanto à opção de compra, também se trata de uma espécie de derivativo, cujo propósito é permitir ao seu adquirente, mediante o pagamento de um valor relativamente



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 13, 12, 06
Márcia Cristina Morcira Garcia
Mat. Sape 0117502

pequeno, optar, em uma data futura predeterminada, por efetivar ou não a compra do objeto negociado pelo preço anteriormente fixado.

Suponha-se que o objeto negociado seja um determinado imóvel de valor atual de R\$ 100.000,00, a opção de compra no valor de R\$ 4.000,00 e seu vencimento no 720º (septingentésimo, vigésimo) dia. Transcorridos dois anos, no dia do vencimento, se o valor do imóvel for de R\$ 130.000,00, o dono da opção exercerá sua opção de compra, ou seja, pagará o preço anteriormente pactuado de R\$ 100.000,00, obtendo um lucro de R\$ 26.000,00 $[130.000,00 - (4.000,00 + 100.000,00)]$.

Caso, no dia do vencimento, o imóvel esteja valendo R\$ 80.000,00, o dono da opção não exercerá seu direito de compra, pois teria que desembolsar R\$ 100.000,00, por algo que só vale R\$ 80.000,00. Desse modo, limitou sua perda nos R\$ 4.000,00, referentes à aquisição da opção.

No primeiro caso, se ao final do primeiro ano o valor do imóvel pactuado fosse de R\$ 120.000,00, sem adentrar nos sistemas de precificação de opção, a opção de compra estaria valendo cerca de uns R\$ 16.000,00, posto que, quem a adquirisse, estaria desembolsando R\$ 16.000,00 e mais R\$ 100.000,00 dentro de um ano, por um imóvel que hoje vale R\$ 120.000,00 e dentro de um ano possivelmente ainda valha mais.

Desse modo, enquanto o ativo principal, o imóvel valorizou 20%, a opção quadruplicou de preço.

Portanto, conforme se observa, os derivativos decorrem de um ativo principal, cuja oscilação tem o mesmo sentido, porém, uma amplitude muitíssimo mais elevada.

Concluindo: quem adquirisse esse produto, estaria apostando que durante o ano de 2016 a variação cambial do dólar, acrescida da taxa de juros de 6%, seria superior à taxa de 30%.

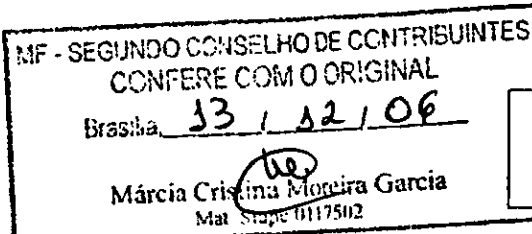
Passemos a analisar o que a Fiscalização consigna no Termo de Verificação Fiscal de fls. 449/466, cujas constatações abaixo descritas tendem a demonstrar que o produto WAVE, opções de compra de "swap" de taxa pré e variação cambial com juros, trata-se, na verdade, de uma operação de renda-fixa, indexada a um percentual do CDI:

a) conforme demonstram as planilhas de fls. 274/448, "*Demonstrativo de Rentabilidade obtida com o produto WAVE - equivalência com uma aplicação de renda fixa pós-fixada*" que retratam 7.073 operações, há uma surpreendente regularidade dos rendimentos obtidos nessa modalidade de aplicação;

b) não se verifica a ocorrência de perdas, próprias das operações com renda variável;

c) além de os rendimentos serem regulares e positivos, em sua esmagadora maioria, próxima à totalidade, são equivalentes à taxa de 90% do CDI, evidenciando a garantia de rentabilidade vinculada a um percentual da taxa do CDI, para o período, conforme demonstrado através do "*Demonstrativo de Rentabilidade Obtida com o produto WAVE - equivalência com uma aplicação de renda fixa pós-fixada*" de fls. 274/446, elaborado pela Fiscalização;

d) o ativo de referência, rentabilidade mensal do dólar, oscilou significativamente no período em questão, conforme se verifica às fls. 220/223. Este evento decorreu das mudanças no câmbio implementadas pelo Banco Central, à época, ocasião em que foi adotado o regime da livre flutuação cambial. Este fato obrigaria a que as operações, caso seguissem quaisquer sistemas de precificação, experimentassem uma volatilidade incomum do produto final WAVE, completamente incongruente e incompatível com a estabilidade verificada;



e) objetivando coibir práticas irregulares, como, e. g., emissão de contratos efetuados posteriormente ao evento e antedatados, o órgão normatizador, através da Resolução CMN nº 2.138, de 29/12/94, art. 3º, estabeleceu a obrigatoriedade do registro dessas operações junto à Cetip ou sistemas equivalentes, devidamente autorizados pelo Banco Central do Brasil - Bacen, ou pela CVM, e que atendam às necessidades de fiscalização e controle por parte do Bacen. Seu art. 4º veda a realização de operações de "swap" que não as contempladas na própria Resolução, bem assim a prática de quaisquer outras modalidades de operações de liquidação futura no mercado de balcão;

f) o estabelecimento de regras rígidas por parte da autoridade monetária se justifica por não se tratar simplesmente de um contrato entre particulares, mas de prática efetuada por instituição financeira, a qual está obrigada a respeitar as normas que visam à proteção da economia popular. Porém, a despeito da determinação de caráter vinculado obrigando ao registro, conforme consignado no Termo de Verificação Fiscal, à fl. 461, não houve atendimento a esta determinação;

g) registre-se, ainda, a ocorrência, em um mesmo dia, de preço unitário de resgate com valores diferentes, fato próprio das operações de renda fixa, em decorrência da necessidade de ajustar o preço do ativo negociado, visando ao cumprimento de acordo remuneratório, ou seja, o preço de compra/recompra do ativo será determinado pelo preço anterior registrado no momento da venda, acrescido da rentabilidade acordada, sendo completamente incompatível com aquisição de ativos de renda variável com características de longo prazo; e

h) ocorrência de venda em quantidade fracionária, própria de ativos que, em decorrência de acordos prévios, serão obrigatoriamente recomprados. Fato impossível em se tratando de uma operação normal de renda variável, posto que não se pode negociar meio título.

Conforme se verifica no relatório "EXTRATO DAS OPERAÇÕES DE OPÇÃO DE SWAP - PRODUTO WAVE - NO PERÍODO DE 24/01/99 A 16/06/99", às fls. 06/161, a permanência dos investidores nessa modalidade de investimento, ou seja, a aplicação e o posterior resgate, em sua grande maioria ocorreu em prazo inferior a trinta dias, inclusive com aplicações de apenas um dia, tal como as operações de *over night*. Esta prática de negociação do produto WAVE, muito se assemelha a antiga modalidade de investimento denominada "conta remunerada", através da qual o saldo de conta corrente era direcionado à aquisição de títulos, e resgatados diariamente, na medida do necessário ao atendimento dos saques ou pagamentos efetuados pelo cliente.

Registre-se que, apesar de desnecessária a diligência efetuada junto aos clientes, de modo a confirmar tratar-se de operação de renda fixa ou variável, dos 496 clientes foram pesquisados 325, desconsiderando-se aqueles cuja situação cadastral encontrava-se suspensa, inapta ou cancelada, e ainda aquelas cujos clientes efetuaram até quatro operações. Das respostas consideradas elucidativas, 95 responderam tratar-se de renda fixa e 79 como sendo de renda variável.

Cabe fazer uma retrospectiva sobre a taxa de juros Selic, a qual é considerada a taxa básica de mercado. Enquanto nos dias de hoje essa taxa vem caindo lentamente, encontrando-se no patamar de 14,75% a.a., no período em questão, saiu dos 32,5% a.a. em 24/2001, atingiu 45,0% a.a. em 19/2003, decrescendo para 21,9% a.a. em 16/2006, na tentativa de evitar a escalada do dólar. Esta oscilação da taxa básica do mercado determinaria uma variação significativa no preço do produto "wave", incompatível com a estabilidade dos preços praticados.

SM

Upef

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasão	13 / 22 / 06
Márcia Cristina Moreira Garcia	
Mat. Supl. 0117502	
CC02/C01	Fs. 911

Em cenários de incertezas político-econômicas ocorrem oscilações expressivas de preços fazendo com que o mercado se retraia e os negócios se concentrem no curtíssimo prazo, pois os riscos se tornam muito elevados, com reflexos mais significativos nos ativos de longo prazo que, por consequência, perdem a liquidez.

Nesse quadro são cabíveis algumas indagações:

1) qual o propósito comercial em se adquirir opções de compra de "swap" de taxa pré e variação cambial com juros, com início em 2015 e vencimento em 2016? Como renda variável, não há lógica. Entretanto, como renda fixa travestida de renda variável, além de se evitar a retenção de imposto na fonte da ordem de 20%, enquanto em renda variável, era de 10% e não era na fonte, evita-se, também, o pagamento de IOF.

Desse modo, devido ao não pagamento dos impostos pertinentes, é possível o banco oferecer aos seus clientes um produto com uma rentabilidade mais atrativa do que os investimentos tradicionais de renda fixa, e ainda com um custo para o banco, inferior às captações ordinárias;

2) considerando o cenário de incertezas e a consequente concentração de negócios no curto prazo, o que levaria uma instituição financeira a negociar ativos de tão longo prazo? Em regra, a necessidade de um instrumento adequado, para lastrear e encobrir acordos verbais pactuados com o cliente. Desse modo, um título de longo prazo atende a três elementos fundamentais:

2.a) pela falta de parâmetro para que se possa estabelecer o preço justo e adequado do ativo, possibilitando maior elasticidade no preço do título visando ao cumprimento de acordos verbais de rentabilidade;

2.b) pela ausência de preços comparativos, torna-se mais difícil a demonstração da fraude pelos órgãos fiscalizadores; e

2.c) impede que o cliente "quebre" o pacto e resolva assumir que o que vale é o que está escrito, na eventualidade de representar um ganho maior que o anterior e verbalmente acordado.

Conforme se pode constatar, a ocorrência concomitante dos fatos precitados é simplesmente i-m-p-o-s-s-í-v-e-l de se verificar em operações de renda variável. De outra banda, a congruência dos elementos apresentados, todos com as características das operações de renda fixa, são mais do que suficientes para se concluir tratar-se desta modalidade de operação.

Registre-se que esta também foi a conclusão a que chegou o Banco Central do Brasil, conforme consignado em seu ofício datado de 21/06/2000, de fls. 272/273, anteriormente mencionado, encaminhado à SRF, do qual se extrai o seguinte excerto:

"O Banco Central do Brasil, no exercício de sua atividade fiscalizadora, em inspeção realizada no BANCO BOZANO, SIMONSEN S/A (CGC 33.517.640), situado na Av. Rio Branco, 138, na cidade do Rio de Janeiro (RJ), constatou que aquela instituição não efetuou retenção de Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras caracterizadas como de renda fixa, feitas por seus clientes.

2. O Banco realizava captações através de produtos denominados: WAVE, que são opções de swap cambial, com início em 29/12/2015 e término em 29/12/2016; e OFC, opções flexíveis de compra de US\$, com preço de exercício de R\$ 2,58 e vencimento em 02/2000. As 'opções' eram transacionadas

for

CP

MF - SEQUÊNCIA DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COMO ORIGINAL	
Brasília, 13 / 12 / 06	
Márcia Cristina Moreira Garcia Mat. Sigepe 0117502	CC02/C01 Fls. 912

particular e exclusivamente entre o Banco Bozano, Simonsen e seus clientes, que compram as opções e depois revendem à instituição por um preço maior, sendo a diferença correspondente à variação do índice acumulado da taxa dos Depósitos Interfinanceiros no período entre compra e venda. As cotações das 'opções' variam proporcionalmente à taxa DI, sendo inteiramente insensíveis às variações nas expectativas em relação aos preços dos ativos-base.

3. Em nosso entendimento, tais operações são, em essência, aplicações de renda fixa, indexadas à taxa dos Depósitos Interfinanceiros, simuladas como opções apenas para o enquadramento dos rendimentos, assim auferidos, em categoria de tributação mais favorável e sem retenção pela fonte pagadora.

4. Informamos adicionalmente que:

(...)

c) essas captações em 'opções' foram interrompidas em julho/99, durante o curso dos trabalhos de campo desta fiscalização.

(...)"

Dito isto, passa-se à análise da utilização de provas indiretas visando demonstrar a ocorrência de determinados fatos. Para tanto, valho-me dos ensinamentos do ilustre tributarista Ricardo Mariz de Oliveira, em seu artigo, "*Lucros de Coligadas e Controladas no Exterior e Aspectos de Elisão e Evasão Fiscal no Direito Brasileiro e no Internacional*":

"(...)

Quando se trata de situações de evasão fiscal, a prova se torna muito difícil, seja porque normalmente os autores da mesma procuram se cercar de elementos de defesa principalmente baseados na ocultação da realidade, como também, em situações limítrofes entre a elisão e a evasão, circunstâncias mínimas podem assumir decisiva importância para a formação da convicção do julgador quanto à efetividade dos fatos ou a ser lícita ou ilícita a economia tributária.

(...)

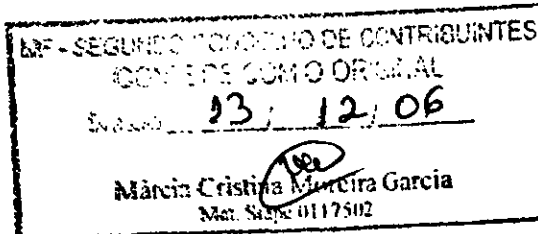
Pode-se discutir sobre a validade teórica da prova indiciária, quando não acompanhada de outros meios, mas na prática o seu uso ocorre costumeiramente, e, ademais, não se pode olvidar um antigo acórdão do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual 'o Código de Processo Civil, de 1939, art. 252, erige o indício em rainha das provas, em se tratando de casos de má-fé, dolo, simulação e fraude'.

(...)

Arruda Alvim explica em seu 'Manual de Direito Processual Civil', Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed., vol. 2, p. 592:

sem

CGO



‘O indício é fato provado que, estando na base do raciocínio do juiz, leva a que este creia (como acreditaria qualquer ‘homo medius’) que tenha ocorrido outro fato (o fato principal). A este raciocínio se dá o nome de presunção ‘hominis’.

(...)

De mais a mais, alguns trechos daquele referido acórdão do Supremo Tribunal Federal demonstram que o assunto insere-se em patamar mais elevado do que apenas a norma inscrita no antigo código processual civil. Eis alguns:

‘A simulação, assim como a fraude, o dolo, os atos de má-fé em geral, que invalidam os contratos, dificilmente poderão ser provados pelos meios comuns subministrados pelas provas baseadas na percepção e na representação. Antes, as presunções e indícios, que figuram entre as chamadas provas críticas, é que são específicos para surpreender tais vícios (Ministro Moacyr Amaral Santos, Prova Judiciária no Cível e Comercial, V/458).’

Ainda no voto de Baleeiro, é feita menção ao recurso extraordinário n. 57420, onde o Ministro Vilas Boas votou com as seguintes palavras:

‘Ora, a simulação demonstra-se por indícios e presunções.

‘Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias’.(C. Pr. Pen., art. 239).

Prossegue Baleeiro, citando, além de mencionar outros precedentes da mesma corte:

‘Nos embargos, afinou com esse voto o do relator, o eminente Ministro Pedro Chaves:

‘A prova indiciária sobre que assentam as presunções é de grande utilidade e aplicação no deslinde das questões presas às arguições de simulação, dolo, fraude e outras mistificações praticadas contra a boa-fé e é, por essa razão, que a lei em sua função protetora da seriedade dos atos jurídicos, admite a prova das alegações por indícios e circunstâncias (C. Pr. Civ., art. 252) e consagra no art. 253 do C. Pr. Civ. a livre apreciação do juiz, sobre os indícios, levando em consideração a natureza do negócio, a verossimilhança dos fatos e até a reputação dos indiciados. Foi isso que fez o magistrado de primeira instância, foi isso que ensinou o eminente relator do acórdão embargado.

O dolo, a fraude, a simulação, não podem prevalecer sobre a boa-fé e a Justiça não deve acobertar os estelionatários civis’.

E conclui:

‘Com base nos precedentes já apontados e porque os indícios, - como pareceram também ao eminente Ministro Xavier, - induzem a simulação contra a lei e contra o Fisco, recebo os embargos para anular a escritura de retrovenda, ...’

[Assinatura]

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERÊNCIA DE Cópia ORIGINAL
Brasília, 13.12.06
Márcia Cristina Morges Garcia

Em suma, não se deve fechar os olhos a indícios significativos da existência de práticas legais ou ilegais, principalmente no terreno da elisão ou da evasão fiscal, conforme também se pode aquilatar pelo acompanhamento da jurisprudência administrativa

(...)

No campo dos lançamentos tributários e dos autos de infração à legislação tributária, não se trata de admitir simples suspeitas, pois os indícios de que se valem as autoridades fiscais e os órgãos de julgamento devem representar fatos que estejam devidamente comprovados, e também devem conter um nexo de conexão lógica entre o fato provado que se toma como indicio e a conclusão que dele se quer tirar.

Sendo assim, ordinariamente um só indicio não basta¹, nem dois ou mais que não cheguem a ter representatividade do fato ignorado a ser provado, pois, com tão poucos elementos, quando muito se pode estabelecer uma mera possibilidade da ocorrência do fato, mas não a certeza da mesma acima de uma dúvida razoável.

Por isso mesmo, a jurisprudência administrativa, com a sabedoria acumulada pela experiência de muitos julgados, inclina-se sempre por admitir ou não admitir o fato a partir de uma série de indícios e da sua densidade, variando tanto a natureza quanto a quantidade dos fatores indiciários conforme as exigências e o objeto de cada caso."

(...)"

Ainda sobre as provas indiciárias, sua relevância pode ser de tal magnitude, de modo a possibilitar sua utilização até mesmo na esfera penal, encontrando-se em jogo o direito a liberdade, um dos direitos mais severamente tutelados em nosso ordenamento jurídico, conforme demonstra a ementa abaixo do STJ:

**"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 14.818 - SP
(2003/0140287-0)**

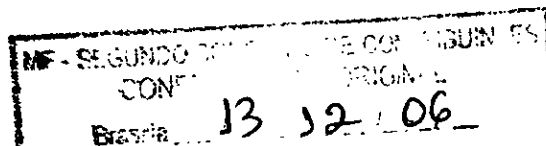
RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ

EMENTA

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ÉDITO CONSTRITIVO. PROVA ILÍCITA. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL EMBASADA EM OUTRAS PROVAS INDICIÁRIAS ROBUSTAS E AUTÔNOMAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES DOS STJ.

1. Restou cabalmente demonstrado e justificado, tanto pelo Juízo monocrático, quanto pelo Tribunal de origem, que a prisão preventiva decretada em desfavor do Recorrente, baseou-se em outras provas indiciárias robustas que, de fato, comprovam a sua participação no indigitado delito.

¹ Ao contrário das presunções jurídicas, que podem se basear em um único fato previsto nas respectivas normas.



2. *A circunstância do Recorrente possuir condições favoráveis como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e atividade lícita não é suficiente e tão-pouco garantidora de eventual direito de liberdade provisória, quando o segregamento cautelar decorre de outros elementos constantes nos autos que recomendam.*

3. *Recurso desprovido.*"

Após todas essas considerações sobre a utilização de indícios como forma de demonstrar a ocorrência de determinados fatos, que, no presente caso, encontram-se claramente evidenciados, devido à expressiva quantidade de indícios apresentados e, repise-se, todos convergentes, lastreando a validade do lançamento do modo como se apresenta. Ademais, os argumentos trazidos pelo recorrente em seu recurso não evidenciam fatos capazes de mitigar as conclusões da Fiscalização lastreadas no presente processo.

Demonstrado tratar-se de renda fixa, passa-se à análise quanto à subsunção ao termo "Título". Nesse tópico, socorro-me da definição constante do Dicionário Jurídico Maria Helena Diniz, 1998, que assim define o referido vocábulo:

"... 3. Direito Civil. a) Instrumento público ou particular que autentica ou comprova a aquisição de um direito; ...

... 4. Direito comercial e direito cambiário. a) Papel negociável ou circulável; ...".

Analisando o tema, os ilustres autores, Andrea Fernandes Andrezo e Iran Siqueira Lima em sua obra "Mercado Financeiro: Aspectos Históricos e Conceituais", São Paulo, Pioneira Thomson Learning, 2002, p. 161, trazem à baila a interpretação de Hull, que assim se pronuncia a respeito de derivativos:

"Futuros e opções são espécies de derivativos. Para HULL, 'derivativos podem ser definidos como títulos cujos valores dependem dos valores de outras variáveis mais básicas'." (grifo nosso)

Pela profundidade e brilhantismo com que abordou o tema, cabe transcrever a conclusão do ilustre tributarista e prof. Roberto Quiroga Mosquera (in "Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais", São Paulo: Dialética, 1998, p. 107/117 e 132), o qual, após dissecar o assunto no capítulo "5. O (sic) Conceitos das Expressões 'Operações de Crédito', 'Operações de Câmbio', 'Operações de Seguro' ou 'Operações Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários" (pp.107/117), relata em capítulo posterior (p.132), o seguinte entendimento:

"8. A Regra-Matriz do Imposto sobre Operações Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – (IO/Títulos)

(...)

8.1 O critério Material da Regra-Matriz Tributária do IO/Títulos

O critério material da regra-matriz do IO/Títulos é realizar operações relativas a títulos ou valores mobiliários, assim entendidos os negócios jurídicos relativos a investimentos oferecidos ao público, sobre os quais o investidor não tem controle direto, cuja aplicação é feita em dinheiro, bens ou serviço, na expectativa de lucro, não sendo necessária a emissão do título para a materialização da relação obrigacional.⁵¹

MF - SEÇÃO DE CONF	13 12 06	CC02/C01 Fls. 916
Márcia Cristina Maciel Garcia Mat. 0117302		

Importante consignar o entendimento da autoridade monetária, desde 1992, conforme dispõe a Resolução CMN nº 1.907, de 26/02/92, que, em seu art. 1º, resolveu, *verbis*:

"Art. 1º. Considerar como valores mobiliários, para os efeitos do inciso III do art. 2º da lei nº 6.385, de 07.12.76, os seguintes títulos:

I - direitos de subscrição de valores mobiliários;

II - recibos de subscrição de valores mobiliários;

III - opções de valores mobiliários;

IV - certificados de depósitos de ações."

Como se não bastasse, a Lei nº 6.385/76, com redação dada pela Lei nº 10.303/2001, em seu art. 2º, assim define valor mobiliário:

"Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

(...)

VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários;

VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e

IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros."

Portanto, conforme demonstrado, as negociações (venda/compra) de Opção de Swap, exemplificadas às fls. 216/219 e 252/254, enquadram-se tanto no conceito de títulos quanto no de valores mobiliários, havendo total subsunção ao que dispõe o art. 4º e § 1º da Portaria MF nº 348/98.

Não prospera a alegação da recorrente de que não poderia o Poder Executivo alterar a alíquota do IOF por decreto e muito menos por portaria ministerial. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.894/94, conforme abaixo transcrito, autoriza o Poder Executivo promover alteração de alíquotas:

"Art. 1º. O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários será cobrado à alíquota máxima de 1,5% ao dia, sobre o valor das operações de crédito e relativos a títulos e valores mobiliários.

Parágrafo único. O Poder Executivo, obedecidos os limites máximos fixados neste artigo, poderá alterar as alíquotas do imposto tendo em vista os objetivos das políticas monetária e fiscal."

Quanto à alteração da alíquota efetuada por Portaria do Ministro da Fazenda, decorre de delegação expressa através dos arts. 6º, parágrafo único, 14, § 3º, e 28, § 4º, do Decreto nº 2.219/97.

Ademais, como é cediço, não cabe às instâncias administrativas apreciar arguição de inconstitucionalidade/ilegalidade, de norma inserida no ordenamento jurídico

MF-85014
13 12 06
Márcia Cristina Pereira Garcia
Mat. S. 17502

nacional, cuja presunção é de legalidade. A competência para apreciação dessa matéria acha-se reservada ao Poder Judiciário.

Novamente se engana o recorrente quando aduz acerca da inexistência da prova concreta capaz de autorizar a presunção de dolo, fraude ou simulação.

O produto WAVE, caracterizado pelas opções de compra de "swap" de taxa pré e variação cambial com juros, trata-se, na verdade, de uma operação de renda-fixa, tendo a contribuinte, reiteradamente, utilizado-se de condições e cláusulas não verdadeiras, agindo dolosamente, de modo a impedir o conhecimento pelo Fisco da ocorrência do fato gerador, posto não se tratar de renda variável, assim como modificar as suas características essenciais, de modo a evitar o pagamento do IOF.

Pelo exposto, é de se considerar devida a multa agravada, decorrente da atuação dolosa do recorrente e o seu evidente intuito de fraude, conforme demonstram as provas trazidas pela Fiscalização, as quais o recorrente não logrou infirmar.

Sobre a ilegalidade da aplicação da taxa Selic para cálculo dos juros de mora, aplicável aos débitos fiscais, cabe consignar que as Leis nºs 9.065/95, art. 13, e 9.430/96, art. 61, § 3º, que normatizam sua aplicação, estão em perfeita harmonia com o art. 161 do CTN, que autorizou a lei ordinária a dispor de modo diverso do estabelecido na norma complementar e em momento algum exigiu que a taxa fosse fixada pela lei em sentido estrito.

Estando o encargo previsto em normas jurídicas emanadas do órgão legiferante competente, só resta à Administração Pública velar pela sua fiel aplicação, restando aos inconformados buscar a tutela de seus alegados direitos na via judicial.

Quanto ao argumento da recorrente de que a multa de ofício não poderia lhe ser exigida devido a troca de seu controle acionário, ocorrida em 18/01/2000, não há como prosperar, pois, desse modo, estar-se-ia suprindo os efeitos coercitivos das normas com vistas ao seu cumprimento, através de acordo de vontade dos sócios.

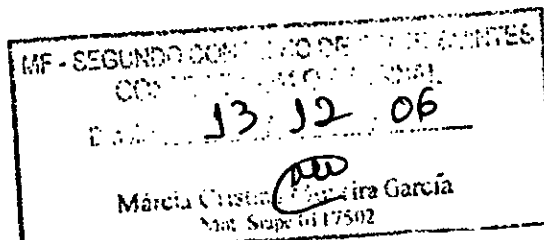
A sucessora tem a obrigação de regularizar a situação da sucedida com o Fisco. Imaginar que, mesmo inerte, sua condição de sucessora enseja a não aplicação da multa a colocaria em posição mais favorável do que a preconizada ao advento da denúncia espontânea, afinal, a espontaneidade está limitada ao início de procedimento fiscal, enquanto que, pela teoria da recorrente, as penalidades nunca seriam devidas, mesmo que constatadas em procedimento de fiscalização, o que significaria um inimaginável estímulo à inadimplência.

Assim sendo, a interpretação do art. 132 do CTN há que ser obtida combinando-o com o art. 129, também do CTN, que introduz a Seção da Responsabilidade dos Sucessores, *verbis*:

"Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data." (grifei)

Como as multas incluem-se no conceito de crédito tributário e o art. 132 se insere nesta seção, há de se proceder a uma interpretação sistemática do CTN para concluir que a responsabilidade dos sucessores compreende as multas também.

[Assinaturas manuscritas]



Citem-se as considerações da ilustre Conselheira Adriana Gomes Rêgo Galvão, que em seu voto, no Acórdão nº 201-77.143, brilhantemente abordou o tema, conforme abaixo se transcreve:

"Pensar diferente, seria admitir reorganizações societárias com o fito exclusivo de se livrar das multas punitivas, ou seja, seria admitir a possibilidade de alguém se liberar de uma penalidade por mera liberalidade, vez que os eventos de fusão, cisão, incorporação, nada mais são do que o resultado de um ato de vontade dos sócios."

Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme o Acórdão abaixo transcrito, da lavra do Ministro José Delgado:

"TRIBUTÁRIO. EMPRESA INCORPORADORA. SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR. MULTA FISCAL (MORATÓRIA). APLICAÇÃO. ARTS. 132 E 133, DO CTN. PRECEDENTES.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão segundo o qual não se aplicam os arts. 132 e 133, do CTN, tendo em vista que multa não é tributo, e, mesmo que se admita que multa moratória seja ressaltada desta inteligência, o que vem sendo admitido pelo STJ, incasu trata-se de multa exclusivamente punitiva, uma vez que constitui sanção pela não apresentação do livro diário geral.

2. Os arts. 132 e 133, do CTN, impõem ao sucessor a responsabilidade integral tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. Portanto, é devida a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo, visto ser ela imposição decorrente do não pagamento do tributo na época do vencimento.

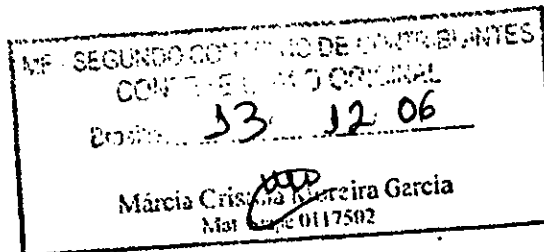
3. Na expressão 'créditos tributários' estão incluídas as multas moratórias.

4. A empresa, quando chamada na qualidade de sucessora tributária, é responsável pelo tributo declarado pela sucedida e não pago no vencimento, incluindo-se o valor da multa moratória.

5. Precedentes das 1ª e 2ª Turmas desta Corte Superior e do colendo STF.

6. Recurso provido." (REsp 432.049, DJ de 23/09/2002, pág. 279)

Registre-se, ainda, que, conforme dito anteriormente e consignado no Termo de Verificação Fiscal, o que ocorreu foi uma simples troca de controle acionário e posterior alteração da razão social. A pessoa jurídica não se confunde com os seus acionistas e, nos termos do art. 121 do CTN, "Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.". Portanto é devida multa de ofício pelo recorrente.



Assim decidiu o STJ no REsp nº 300.180-SP, de 08/11/2005, tendo como relator o Ministro Castro Meira, cuja ementa, abaixo se transcreve:

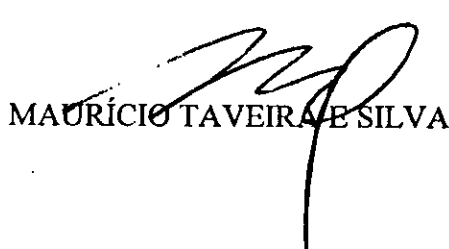
"TRIBUTÁRIO. MULTA. ALTERAÇÃO NO QUADRO SOCIAL. ART. 133 DO CTN. INAPLICABILIDADE.

1. O art. 133 do CTN é de aplicação restrita aos casos em que uma pessoa natural ou jurídica adquire de outra fundo de comércio ou estabelecimento. Não se aplica ao caso de mera alteração no quadro social, pois o sujeito passivo permaneceu o mesmo. não se revestindo de qualquer interesse verificar quem eram os sócios que integravam o seu quadro social, se houve a substituição de um ou alguns por outros tantos. A pessoa jurídica, como se sabe, é distinta dos sócios que a compõem.

2. Recurso especial improvido."

Isto posto, **nego provimento** ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 22 de setembro de 2006.


MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA



IMP. SEC. INF. PROC.	DE CONTRIBUINTES
13	12 OF
Marcia Cristina  Mat. Suple 0117502	

DECLARAÇÃO DE VOTO-VISTA VENCIDO
CONSELHEIRO FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

Pedi vista desses autos para melhor me inteirar da questão debatida e, examinando-os, ousei divergir parcialmente do ínclito Relator, dando provimento parcial ao recurso voluntário para o fim de excluir do lançamento a multa punitiva aplicada ao sucessor tributário, que reputo indevida, nos expressos termos dos arts. 131, inciso I, 133, inciso II, e 137, do CTN.

Com efeito, tratando-se de infração cujo dolo específico é elementar - como se deduz do agravamento da penalidade e expressamente reconhece o d. Relator -, nos expressos termos dos arts. 131, inciso I, 133, inciso II, e 137, do CTN, a responsabilidade é pessoal do agente e, portanto, intransferível, donde decorre que a penalidade aplicável (multa punitiva) jamais poderia passar da pessoa do infrator (art. 5º, XLV, CF/88) ou ser transferida ao sucessor tributário que adquire o fundo de comércio do contribuinte infrator.

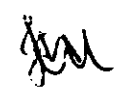
Nesse sentido é pacífica a jurisprudência da Suprema Corte, como se pode ver das seguintes e elucidativas ementas:

"1. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, ART-133. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SUSTENTA O ENTENDIMENTO DE QUE O SUCESSOR É RESPONSÁVEL PELOS TRIBUTOS PERTINENTES AO FUNDO OU ESTABELECIMENTO ADQUIRIDO, NÃO, PORÉM, PELA MULTA QUE, MESMO DE NATUREZA TRIBUTÁRIA, TEM O CARÁTER PUNITIVO. 2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO FISCO PAULISTANO A QUE O STF NEGA CONHECIMENTO PARA MANTER O ACÓRDÃO LOCAL QUE JULGOU INEXIGÍVEL DO SUCESSOR A MULTA PUNITIVA." (PRIMEIRA TURMA do STF no RE nº 82.754/SP, Rel. Min. ANTONIO NEDER, em sessão de 24/03/1981 publ. in DJU de 10/04/1981 pág. 3174 EMENT VOL-01207-01 PP-00326 e in RTJ Vol. 98-03 pág. 733)

"I.C.M. - MULTA FISCAL - SUCESSOR. O ADQUIRENTE DO FUNDO DE COMÉRCIO, NOS TERMOS DO ART. 133 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, RESPONDE PELOS TRIBUTOS DEVIDOS PELO ANTECESSOR, MAS NÃO PELAS MULTAS, MORMENTE SE ESTAS NÃO FORAM IMPOSTAS ANTES DA TRANSFERÊNCIA DO ESTABELECIMENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO EM PARTE." (Acórdão da 1ª Turma do STF no RE nº 89.334/RJ, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO, em sessão de 16/06/1978, publ. in DJU de 25/08/1978, EMENT VOL-01104-01 pág. 467 e in RTJ vol. 94-02, pág. 758)

"MULTA FISCAL POR INFRAÇÃO EM QUE O DOLO ESPECÍFICO DO AGENTE É ELEMENTAR. INEXIGIBILIDADE AO SUCESSOR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DENEGADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO." (cf. Acórdão da 1ª Turma do STF no AI nº 63.268/SP, em sessão de 27/05/1975, Rel. Min. RODRIGUES ALCKMIN, publ. in DJU de 24/06/1975)





MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTABILISTAS
CONFERE O JÚRICO ORIGINAL
Brasão <u>13/12/06</u>
Márcia Cristina Mônica Garcia Mat. N.º 117502

"MULTA FISCAL - SUCESSOR. O ADQUIRENTE DO FUNDO DE COMÉRCIO, NOS TERMOS DO ART. 133, DO CTN, RESPONDE PELOS TRIBUTOS DEVIDOS PELO ANTECESSOR, NÃO PORÉM POR MULTAS, SOBRETUDO SE IMPOSTAS A ESTE POSTERIORMENTE A AQUISIÇÃO." (cf. Acórdão da 1ª Turma do STF no RE nº 77.471/SP, em sessão de 09/08/1974, Rel. Min. DJACI FALCAO, publ. in DJU de 06/12/1974).

Indiscrepante também a jurisprudência deste Conselho, como se pode ver das seguintes ementas:

"(...)

I.R.P.J - PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RESPONSABILIDADE DOS SUCESSORES - MULTA - Tributo e multa não se confundem, eis que esta tem caráter de sanção, inexistente naquele. Na responsabilidade tributária do sucessor não se inclui a multa punitiva aplicada à empresa. Inteligência dos artigos 3.º e 132 do CTN. (Decisão do STF no RE nº 90.834-MG, relator Ministro Djaci Falcão, RTJ nº 93, pág. 862).

Recursos conhecidos: negado provimento ao ex officio e provido o voluntário." (Acórdão nº 101-93726, 1ª Câmara do 1º CC, Recurso nº 128.196, Processo nº 10840.003024/99-78, em sessão de 23/01/2002, Rel. Cons. Sebastião Rodrigues Cabral)

"(...)

RESPONSABILIDADE DOS SUCESSORES - Multa. Tributo e multa não se confundem, eis que esta tem caráter de sanção, inexistente naquele. Na responsabilidade tributária do sucessor não se inclui a multa punitiva aplicada à empresa. Inteligência dos arts. 3.º e 132 do CTN. (Decisão do STF no RE n.º 90.834-MG, relator o Ministro Djaci Falcão, RTJ nº 93, pág. 862).

(...)." (Acórdão nº 101-93587, 1ª Câmara do 1º CC, Recurso nº 126.141, Processo nº 10580.002165/00-04, em sessão de 22/08/2001, Rel. Cons. Sebastião Rodrigues Cabral)

"MULTA - Na sucessão tributária o sucessor só responde pela multa fiscal quando esta estiver constituída pelo ato administrativo, na data em que ocorrer a sucessão, uma vez que neste caso, o crédito da Fazenda integra o passivo da sociedade extinta (CTN. art. 129).

(...)

Recurso voluntário conhecido e parcialmente provido." (Acórdão nº 107-07.349, 7ª Câmara do 1º CC, Recurso nº 135.098, Processo nº 10240.001977/99-24, em sessão de 15/10/2003, Rel. Cons. Edwal Gonçalves dos Santos)

Edwal

Processo n.º 19740.000057/2004-13
Acórdão n.º 201-79.603

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 13/12/06
Márcia Cristina Moreira Garcia
Mot. Supra nº 17502

CC02/C01
Fls. 922

Isto posto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário para o fim de excluir do lançamento a multa punitiva aplicada ao sucessor tributário, que reputo indevida, nos expressos termos dos arts. 131, inciso I, 133, inciso II, e 137, do CTN.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 20 de setembro de 2006.



FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA

