



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

Processo n° 19740.000057/2004-13
Recurso n° 230.090 Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9303-00.535 – 3ª Turma
Sessão de 10 de dezembro de 2009
Matéria IOF; Compra de opções de SWAP cambial série WAVE; Renda Variável x Renda Fixa; Multa de ofício; Sucessão
Recorrente BANCO SANTANDER S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

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

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRECLUSÃO.

É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. Cristalizada a matéria - objeto do processo, no seio administrativo - não pode mais ser apreciada, em face da sua definitividade, a exemplo da coisa julgada que se opera no âmbito do judiciário.

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 n.º 93, pág. 862).

Recurso Especial do Contribuinte Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: I) pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso especial quanto ao mérito. Vencidos os Conselheiros Nanci Gama, Rodrigo Cardozo Miranda, Leonardo Siade Manzan (Relator), Maria Teresa Martinez López e Susy Gomes Hoffmann, que davam provimento. Designado para redigir o voto vencedor, nesta parte, o Conselheiro Henrique Pinheiro Torres; e II) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso especial quanto à multa. Vencidos os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres,

Gilson Macedo Rosenberg Filho, José Adão Vitorino de M.oraís e Carlos Alberto Freitas Barreto.



Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente



Leonardo Siade Manzan - Relator .



Henrique Pinheiro Torres - Redatôr Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Judith do Amaral Marcondes Armando, Susy Gomes Hoffmann, Gilson Macedo Rosenberg Filho, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda, José Adão Vitorino de Moraes, Maria Teresa Martínez López, Leonardo Siade Manzan e Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

O contribuinte em epígrafe, por intermédio de seu representante legal, com fulcro no art. 32, II, do RICC, aprovado pela Portaria MF n.º 55/98, e no art. 5º, II, do RICSRF, interpôs o presente Recurso Especial de Divergência à esta Egrégia Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, contra Acórdão da antiga Primeira Câmara do extinto Segundo Conselho de Contribuintes que negou provimento ao seu recurso voluntário em decisão assim ementada:

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 n.º 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 n.º 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.

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 a 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.

Em seu arrazoado do apelo extremo o contribuinte alega haver divergência de interpretação quanto: i) A classificação das operações de compra de opções de SWAP cambial do tipo WAVE, se são operações de renda fixa “travestidas” de renda variável ou não; ii) Não basta que as operações sejam de renda fixa, são necessários títulos para se exigir o IOF; iii) Multas de ofício aplicadas após o evento sucessório não se transmitem ao sucessor e iv) É necessária a existência do elemento subjetivo, consistente no dolo específico no sentido de burlar o Fisco, para o agravamento da multa de ofício.

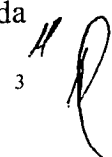
O Recurso Especial interposto foi parcialmente admitido pelo Despacho n.º 201-133/07 (fls. 1.155/1.161), exarado pela então Presidente daquela Primeira Câmara do extinto Segundo Conselho de Contribuintes.

Declinado Despacho (n.º 201-133/07) admitiu o Recurso Especial apenas quanto ao item iii) Multas de ofício aplicadas após o evento sucessório não se transmitem ao sucessor. Vários foram os paradigmas apresentados.

Irresignado, o contribuinte interpôs agravo dentro do prazo regimental, reiterando as razões do Recurso Especial interposto e provocando o reexame de admissibilidade do mesmo.

O agravo interposto foi parcialmente provido (fls. 1.269/1.275), reconhecendo-se a divergência quanto ao item i) A classificação das operações de compra de opções de SWAP cambial do tipo WAVE, se são operações de renda fixa “travestidas” de renda variável ou não.

Aprovada a nova apreciação pelo Excelentíssimo Presidente desta Câmara Superior de Recursos Fiscais à fl. 1.276, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria da



Fazenda Nacional, nos termos do art. 70 do atual RICARF, aprovado pela Portaria MF n.º 256, de 22 de junho de 2009, para oferecimento de contra-razões.

Oferecidas as contra-razões, fls. 1.278/1.293, a douta Procuradoria da Fazenda Nacional alega em sede preliminar que o Recurso Especial interposto pelo contribuinte não deve ser conhecido por ausência de divergência, reiterando os argumentos esposados no primeiro juízo de admissibilidade – Despacho n.º 201-133/07. No mérito, requer seja mantido o r. Aresto recorrido, reconhecendo-se que as opções de compra de SWAP cambial são operações de renda fixa e que é válida a aplicação da multa de ofício ao Recorrente por não ter havido sucessão empresarial, mas mera mudança de quadro societário.

Por conseguinte, duas são as matérias a serem examinadas por este Colegiado, quais sejam, os itens i) A classificação das operações de compra de opções de SWAP cambial do tipo WAVE, se são operações de renda fixa “travestidas” de renda variável ou não e iii) Multas de ofício aplicadas após o evento sucessório não se transmitem ao sucessor, consoante declinado supra.

Subiram, pois, os autos a esta Casa para julgamento.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Leonardo Siade Manzan, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento e passo à sua análise.

Conforme relatado, duas são as matérias a serem examinadas por este Colegiado, quais sejam, os itens i) A classificação das operações de compra de opções de SWAP cambial do tipo WAVE, se são operações de renda fixa “travestidas” de renda variável ou não e iii) Multas de ofício aplicadas após o evento sucessório não se transmitem ao sucessor. Adiante, far-se-á o exame das matérias referidas em tópicos apartados.

Operações de compra de opções de SWAP cambial

Quanto a este primeiro item, é de suma importância uma análise mais aprofundada dos principais procedimentos realizados durante a fiscalização e suas conclusões.

Em resposta ao Termo de Intimação recebido em 30/01/01, o contribuinte descreveu a operação ora em análise como uma operação financeira que tem características clássicas de uma opção de compra – modelo americano – que dá o direito de se contratar um SWAP numa data futura (data de vencimento) com características específicas (nos casos em questão sempre envolviam taxas pré numa ponta e variação cambial com juros na outra).

Estas operações estão autorizadas pelo art. 1º do Plano de Contas do BACEN (Resolução n.º 2.138/94, alterada pela Resolução n.º 2.149/95), que assim dispõe:

“Art. 1º Autorizar os bancos múltiplos com carteira comercial e/ou de investimento, os bancos comerciais, os bancos de investimento, as sociedades corretoras de títulos e valores

mobiliários e as sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários a realizarem, no mercado de balcão, por conta própria ou de terceiros, operações de “swap”, com ou sem a utilização de limitadores de oscilação máxima ou mínima, bem assim opções sobre “swap”, referenciadas em ouro, taxas de câmbio, taxas de juros e índices de preços e opções não padronizadas, cobertas, referenciadas em debêntures simples ou conversíveis em ações, em notas promissórias e em ações de emissão de companhias abertas”.

Vale frisar que consta dos autos, fl. 186, autorização para que o contribuinte em epígrafe preste serviços de custódia de valores mobiliários, conforme Ato Declaratório CVM n.º 2.332/93.

O contribuinte juntou aos autos vários documentos que entendeu serem suficientes para que a fiscalização bem compreendesse as operações em questão (contratos com os clientes, notas de negociação e uma explicação mais detalhada das opções de compra com a forma de cálculo baseada no modelo Black & Sholes, fls. 226/228).

Pois bem, para a constatação dos efeitos fiscais da declinada operação, tanto para o IRRF quanto para o IOF, era de suma importância que fosse definida a natureza desta, se de renda fixa ou variável.

O motivo é simples: caso se tratasse de uma operação de renda fixa, o IRRF incidiria à alíquota de 20% e o IOF incidiria à alíquota de 0,38%, estabelecida pelo art. 4º, § 1º, da Portaria MF n.º 348/98, em substituição à CPMF, pois não havia incidência desta nas transações financeiras neste período (24/01/99 a 16/06/99).

Por outro lado, caso se tratasse de uma operação de renda variável, o IRRF incidiria à alíquota de 10% para o aplicador e o IOF incidiria à alíquota 0 (art. 4º, § 2º, III, Portaria n.º 348/98).

É justamente esse o núcleo dos presentes autos.

A fiscalização considerou que o contribuinte simulou uma aplicação de renda variável, mas que na verdade seria uma aplicação de renda fixa, com o fim de obter as vantagens fiscais acima elencadas.

Com o intuito de comprovar que as operações eram de renda fixa, a fiscalização elaborou planilha, fls. 274/448, onde há indicação de que a maioria das operações realizadas produzia rendimentos equivalentes a 90% da taxa do CDI (custo de captação para uma instituição financeira).

Ainda segundo a fiscalização, a regularidade desses rendimentos, observada na coluna REL WAVE/CDI, seria impossível caso se tratasse de uma operação de renda variável.

Não parou por aí. Para reforçar os indícios demonstrados pela planilha acima mencionada, os agentes fiscais intimaram a Cia. de Eletricidade do Rio de Janeiro – CERJ – para que fornecesse todos os documentos referentes à indigitada operação e questionaram se esta havia sido oferecida pelo contribuinte como uma aplicação de renda fixa. //

Na resposta à intimação, a CERJ afirmou que o banco garantiu uma rentabilidade de 90% do CDI, renda fixa pós-fixada.

Diante de tais fatos, concluiu a fiscalização que embora a operação tivesse “aparência de aplicação financeira de renda variável, por se constituir de uma carteira com contratos de opções, era, na realidade, uma aplicação financeira de renda fixa pós-fixada, uma vez que garantia uma rentabilidade equivalente a um percentual da Taxa do CDI, percentual este que era combinado previamente com cada cliente”, fl. 463.

Neste ponto, cabe frisar que as provas utilizadas nos presentes autos foram emprestadas do processo principal relativo ao IRRF, Proc. n.º 10768.015833/2001-46, conforme registraram os agentes autuantes à fl. 449 (Termo de Verificação Fiscal, item I – Dos Fatos). Seguem suas afirmações:

“I – Dos Fatos

Primeiramente, cabe mencionar que esta fiscalização é decorrente de outra fiscalização, respaldada pelo MPF-F n.º 2001.00004-6, que fora instaurado em virtude de ofício encaminhado pelo Banco Central (DEFIS/GTPAL – 2000/403, de 21/06/2000), cuja finalidade foi de verificar a existência de valores devidos a título de IRRF e não recolhidos, decorrentes de operações de aplicações financeiras caracterizadas como de renda fixa, feitas por seus clientes (fls. 272). A referida fiscalização ensejou no processo administrativo n.º 10768.015833/2001-46 (auto de infração de Imposto de Renda Retido na Fonte sobre Aplicações Financeiras de Renda Fixa). Assim, uma vez que diversas considerações foram esclarecidas por ocasião da mencionada fiscalização, as mesmas serão apresentadas a longo desse termo, devidamente científicas pelo contribuinte (ver termo de constatação fls. 192)”.

Isto é, existe um processo principal, do qual este é decorrente, relativo ao IRRF, onde a fiscalização produziu as provas que foram utilizadas neste.

Por conseguinte, é de suma importância analisar-se o que naquele fora decidido.

Trata-se do PAF n.º 10768.015833/2001-46, Recurso n.º 145.581, cujo Acórdão n.º 106-15.150, decidido à unanimidade, encontra-se às fls. 871/892 dos presentes autos, tendo sido Relator e Presidente o Ilustríssimo Conselheiro Dr. José Ribamar Barros Penha.

Vejam suas conclusões sobre as operações ora em análise, seguidas à unanimidade por seus pares:

“Em verdade, quer no lançamento quer no julgamento entendeu-se que o imposto de renda devido em face dos rendimentos da aplicação financeira denominada WAVE foi recolhido pelos aplicadores beneficiários”. (Grifou-se).

Ora, somente essa afirmação de que o Imposto de Renda foi recolhido pelos aplicadores beneficiários (expressão acima grifada) já é suficiente para cancelar o lançamento em análise, pois esta situação somente ocorre quando o rendimento é obtido em aplicações de

renda variável. Caso contrário, se o rendimento é obtido em aplicações de renda fixa, a própria instituição financeira é responsável pela retenção e recolhimento do imposto.

Isto é, tal fato foi considerado como verdade no lançamento, na decisão de Primeira Instância e também na decisão de Segunda Instância, caracterizando-se, por via de consequência, como “coisa julgada” administrativa!

Confira-se a asserção contida no Auto de Infração (Termo de Verificação Fiscal) às fls. 449/450:

*“O imposto sobre o rendimento obtido em aplicações de renda fixa incide na fonte à alíquota de 15%, no período de 1997, e de 20%, nos períodos de 1998 e 1999, e deveria ser recolhido, pelo responsável (instituição financeira), até o terceiro dia útil da semana subsequente àquela em que ocorreram os fatos geradores. Já o imposto incidente sobre o rendimento obtido em aplicações de renda variável era apurado, após a compensação de prejuízos anteriores, à alíquota de 10%, **pelo próprio aplicador**, por períodos mensais e pago até o último dia útil do mês subsequente ao da apuração tempestiva. Neste caso, diz-se que o imposto é recolhido em separado.” (Grifou-se).*

Confira-se agora o relato das operações no r. Acórdão indicado pelo contribuinte como paradigma, fl. 872, *ipsis literis*:

“O Julgador de Primeira Instância, com base no Termo de Verificação Fiscal, relata que o Banco Bozano Simonsen S. A. criou um produto denominado WAVE que tinha aparência de aplicação financeira de renda variável, mas que na verdade era de renda fixa, pretendendo uma tributação mais favorável. Afirma ser de renda fixa pelo fato de os rendimentos terem sido sempre vinculado a um percentual da taxa do CDI (custo de captação para uma instituição financeira). Para reforçar o entendimento, foi exemplificado resgate de uma empresa cuja aplicação era garantido o ganho equivalente a 92% da taxa do CDI, percentual acertado informalmente com o cliente. Sendo de renda fixa e não tendo sido recolhido o imposto na fonte caberia a exigência da multa de ofício e dos juros posto que os clientes que auferiram os ganhos na aplicação os ofereceram à tributação.” (Os grifos são do original).

Ora, o Ilustre Relator fez questão de grifar a parte final da transcrição acima por um motivo muito simples: se os clientes do contribuinte em epígrafe, conforme afirmado tanto pela fiscalização quanto pela decisão de Primeira Instância, ofereceram os ganhos auferidos à tributação, **resta evidente que trata-se de uma operação de renda variável!**

Caso contrário, como já mencionado acima, se estivéssemos tratando aqui de uma operação de renda fixa, como quer fazer crer o Acórdão ora vergastado, a própria instituição financeira seria responsável pela retenção e recolhimento do imposto. Todavia, não foi isso que aconteceu, conforme claramente evidenciado acima.

Ressalte-se, ainda, que tal conclusão, relativa às operações ora em análise, **transitou em julgado**, afastando-se a incidência da multa de ofício, bem como, em sede de //

embargos de declaração, os juros de mora, o suposto caráter de renda fixa das operações realizadas e a suspeita de simulação.

Não é demais relembrar que com o trânsito em julgado da decisão supra referida **operou-se a coisa julgada administrativa**, razão pela qual torna-se inviável, neste julgamento, alterar a natureza jurídica das operações realizadas pelo contribuinte em tela.

Este Conselho, em inúmeras oportunidades, manifestou-se no mesmo sentido. Confira-se as ementas abaixo transcritas:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PRECLUSÃO - É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. Cristalizada a matéria - objeto do processo, no seio administrativo - não pode mais ser apreciada, em face da sua definitividade, a exemplo da coisa julgada que se opera no âmbito do judiciário. (Relator: Neicyr de Almeida, Acórdão 107-07282, Recurso n.º 135.374).

NORMAS PROCESSUAIS- MATÉRIA TORNADA NÃO LITIGIOSA NO CURSO DA DISCUSSÃO – PRECLUSÃO – COISA JULGADA ADMINISTRATIVA – Precluem e, portanto, não podem ser objeto de reapreciação as matérias que no curso da discussão administrativa deixam de ser litigiosas em face do acolhimento definitivo de razões de impugnação, assim acarretando a chamada coisa julgada administrativa. (Relator: Cândido Rodrigues Neuber, Acórdão CSRF/01-03.074, Recurso n.º 105-106417).

PIS. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. DECADÊNCIA. Observância ao Acórdão nº 202-14.376, que se manifestou pela improcedência da decadência no período objeto de restituição. Questão já decidida, não há como ser novamente julgada sob pena de ofensa à coisa julgada formal. Preliminar acolhida. (Relatora: Maria Teresa Martínez López, Acórdão 203-10004, Recurso n.º 124.754).

NORMAS PROCESSUAIS. COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. Operada a definitividade da decisão colegiada, ocorre a preclusão administrativa que torna o ato irretratável perante a própria administração para a estabilidade das relações entre as partes. Processo anulado a partir da decisão definitiva, exclusive. (Relator: Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Acórdão 202-16210, Recurso n.º 113.499).

Por conseguinte, face à definitividade da decisão prolatada a respeito das operações ora em debate, operando-se a coisa julgada administrativa, entendo que a decisão recorrida incidiu em nulidade ao alterar o que fora decidido no Acórdão paradigma.

Todavia, atento ao disposto no art. 59, § 3º, do Decreto n.º 70.235/72, deixo de declarar a nulidade da decisão recorrida pelo fato de, no mérito, poder decidir a favor do sujeito passivo, face à decisão definitiva que reconheceu o caráter variável das operações efetivadas pelo contribuinte em epígrafe. Forte no exposto, afasto a preliminar aventada pela douta Procuradoria da Fazenda Nacional, em suas contra-razões, de não conhecimento do Recurso Especial interposto e, no mérito, dou-lhe provimento para cancelar o lançamento ora hostilizado.

Multas de ofício aplicadas após o evento sucessório não se transmitem ao sucessor



Quanto a este segundo item, sujeito à análise do Colegiado caso este relator seja vencido no item anterior, entendo com razão o contribuinte também neste ponto.

Peço licença aos meus pares para tomar como minhas as razões de decidir brilhantemente explanadas pelo Ilustre Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça em sua Declaração de Voto às fls. 920/922 dos presentes autos:

“Pedi vista desses autos para melhor me inteirar da questão debatida e, examinando-os, ousou divergir parcialmente do inclito 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 E 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)

“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 Câm. 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 nº 90.834- MG, relator o Ministro Djaci Falcão, RTJ nº 93, pág. 862). (…).” (Acórdão nº 101-93587, 1ª Câm. 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 Câm. 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)

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,

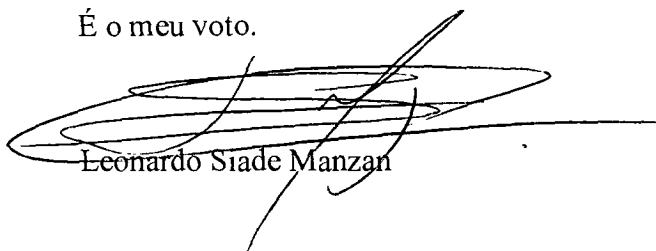


nos expressos termos dos arts. 131, inciso I, 133, inciso II, e 137, do CTN.

É o meu voto.”

Considerando os articulados precedentes e tudo o mais que dos autos consta, voto no sentido de dar provimento ao Recurso Especial interposto pelo contribuinte em tela, pelas razões acima expendidas.

É o meu voto.



Leonardo Siade Manzan

Voto Vencedor

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Redator Designado

O recurso merece ser conhecido por ser tempestivo e atender aos pressupostos de admissibilidade previstos no Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Este conselheiro foi designado redator do acórdão, na parte em que o relator foi vencido, ou seja, na questão da incidência do tributo sobre as operações de compra de opções de SWAP cambial do tipo WAVE, consideradas pela Fiscalização como de renda fixa, “travestidas” de renda variável.

Primeiramente, repilo, veementemente, a idéia de vinculação do resultado deste julgamento ao que foi dado pela Primeira Turma da CSRF quando do julgamento da exigência fiscal referente ao Imposto de Renda, ainda que relativo às mesmas operações objeto destes autos. Isso porque, cada Colegiado é soberano para proferir suas decisões no âmbito de suas competências *ratione materiae*. Se houvesse tal vinculação, o Regimento Interno teria, necessariamente, disposto sobre a regra de prevenção. Ao contrário disso, dispôs que a competência para julgar IOF é da Terceira Seção, sem ressalva, enquanto a competência para julgar Imposto de Renda na Fonte é da Segunda Seção. Ora, não faz o menor sentido o legislador atribuir competência exclusiva a um Colegiado, mas vincular sua decisão à de outrem, como quer fazer entender a Recorrente. Assim, com o devido respeito àqueles que têm entendimento diverso, afasto a vinculação deste julgamento ao resultado do que ficou decidido na então Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Afastada a vinculação deste julgamento ao resultado do que ficou decidido na então Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, tratar-se-á, linhas abaixo, da incidência do IOF sobre as operações realizadas pela Recorrente.

Segundo consta dos autos, fls. 193/199 e 207/234, as operações objeto da autuação consistem na aquisição do produto financeiro, denominado WAVE pelo Banco Bozano Simonsen S/A, e oferecidos aos seus clientes, como o derivativo “Opções de Swap Cambial”, as quais são negociadas fora de bolsa, no mercado de balcão. Predita informação se extrai da análise da cópia do Ato Declaratório CVM n.º 2332/1993, que autorizou o banco a

prestar serviços de custódia de valores mobiliários (fls. 215), da cópia do “Acordo para Celebração de Operações de Compra e Venda de Opções sobre Contratos de “Swap” (fls. 224/225), das cópias de Notas de Negociação (fls. 216/219), e, também, dos esclarecimentos prestado pela autuada às fls. 194, 210 e 211.

Os Professores Andrea Fernandes Andrezo e Iran Siqueira Lima, na obra “Mercado Financeiro: Aspectos Históricos e Conceituais”, São Paulo, Pioneira Thomson Learning, 2002, p. 161, citados pela decisão de primeira instância, assim trataram sobre **derivativos**:

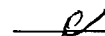
“Futuros e **opções são espécies de derivativos**. Para HULL, ‘derivativos podem ser definidos como títulos cujos valores dependem dos valores de outras variáveis mais básicas’. LIMA e BROEDEL entendem que ‘podemos considerar **derivativos aqueles instrumentos financeiros que derivam ou dependem do valor de outro ativo e que se caracterizam, normalmente, como contratos padronizados**, negociados entre as partes em mercados secundários organizados ou contratos ‘ad hoc’ entre agentes’. Segundo NIYAMA e GOMES, ‘**o termo derivativos é relativamente recente**, sendo usualmente definido como um instrumento financeiro (**contrato**) cujo valor deriva do preço ou performance de outro ativo, que pode ser um bem (ações ou mercadorias, tais como café, algodão, boi gordo), uma taxa de referência (dólar norte-americano ou **DI (Depósitos Interfinanceiros)**, por exemplo, ou índices (IBOVESPA, etc.)’.

Derivativos envolvem negociações de preços futuros não apenas de ações, mas de diversos ativos, tais como: ouro, boi gordo, café, milho, soja, títulos da dívida externa, taxas de juros, taxas de câmbio e índices de ações. O objeto de negociação pode, portanto, ser uma mercadoria ou um ativo financeiro. Os mercados de derivativos incluem operações a termo, futuros, opções e ‘swaps’, que podem ser realizados em bolsa, com contratos padronizados, ou no mercado de balcão por meio de instituição financeira.” (grifo da transcrição).

De outro lado, para elucidar a questão em debate, faz-se necessário analisar se as transações financeiras realizadas pela autuada caracterizariam operações de renda fixa ou se de variável, posto que essas estavam sujeitas à alíquota zero enquanto aquelas (renda fixa) à alíquota de 0,38%, para os fatos geradores ocorridos entre 24 de janeiro de 1999 e 19 de junho de 1999.

O contrato de fls.255/256, retrata bem as operações conjugadas realizadas pela Interessada com os seus clientes, uma vez que, nesse instrumento figuram, simultaneamente, as mesmas pessoas, ora como comprador, ora como vendedor das opções de compra.

Demais disso, as cláusulas 1 e 2 desse contrato deixam claro que os clientes somente podiam negociar as opções com a própria Instituição Financeira que as compraria de volta sempre que desejasse, ficando o resultado da operação sempre subordinada à vontade do Banco. Assim, como as opções nunca poderiam ser exercidas, estava garantida a rentabilidade pactuada, comprovada na planilha “Rentabilidade dos Resgates”, a qual correspondia sempre a um percentual da taxa do CDI, Certificado de Depósito Interbancário – taxa de juros negociada entre bancos – utilizadas, normalmente, por investidores de renda fixa, como referência no mercado financeiro. No caso dos autos, tal referência se concretizou quando dos resgates das aplicações, pois as transações pactuadas no caso sob exame, na verdade, tratava-se de operação de renda fixa pós-fixada, e, como é de todos sabido, pós-fixada é a operação cuja rentabilidade é desconhecida no momento da aplicação, posto que é atrelada a algum tipo de indexador, no caso, um percentual do CDI, o que a diferencia da operação de renda fixa pré-fixada, onde a



rentabilidade é conhecida previamente, e o investidor sabe o valor, em percentual, da rentabilidade a ser recebida, desde que a operação (ou título) seja mantida até a data de seu vencimento. Todavia, o fato de não se ter conhecimento prévio da rentabilidade no momento da aplicação, não descaracteriza aquela operação como de renda fixa, pois, o que varia é o indexador a que está atrelada. No caso dos autos, a rentabilidade é pactuada a um percentual fixo do CDI, percentual este que não variava.

As provas acostadas aos autos não deixam margem a dúvida de que as transações financeiras objeto da autuação são operações de renda fixa travestidas de rendas variáveis, como bem demonstrou o relator *a quo*, que, com as devidas homenagens aos impecáveis argumentos, transcrevo-os como fundamento deste voto.

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 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.

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 conseqüente 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/

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 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: 4/

(...)

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:

'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 ministrados 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).'

Sendo assim, ordinariamente um só indício 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 SEQÜESTRO. 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.

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

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

M

e

— *e* —

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 pois que as operações financeiras consistentes na aquisição do produto denominado WAVE (derivativo “Opções de Swap Cambial) pelo Banco Bozano Simonsen S/A, e oferecido a seus clientes, negociado fora de bolsa, ou seja no mercado de balcão, não passa de operação de renda fixa, e, como tal, sujeita à incidência do IOF, no período objeto da autuação, à alíquota de 0,38%.

Com essas considerações, entendo não merecer reparo o acórdão vergastado, razão pela qual, nego provimento ao recurso do Sujeito Passivo.

Henrique Pinheiro Torres
Henrique Pinheiro Torres