



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

**Processo nº** 19740.000671/2003-96  
**Recurso nº** 142.131 Especial do Procurador  
**Acórdão nº** 9202-00.828 – 2ª Turma  
**Sessão de** 11 de maio de 2010  
**Matéria** IRF  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** BB ADMINISTRADORA DE ATIVOS - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF**

Ano-calendário: 1999

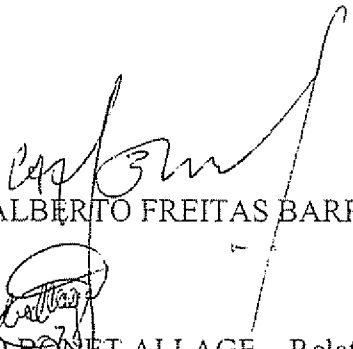
IRRF - APLICAÇÕES FINANCEIRAS DE RENDA FIXA - OPERAÇÕES CONJUGADAS - MULTA QUALIFICADA - SIMULAÇÃO - OCORRÊNCIA.

Justifica a aplicação da penalidade qualificada do artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96 a conduta do sujeito passivo tipificada nos conceitos de sonegação, fraude ou conluio, tal qual descrito nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. Na simulação a aparência não coincide com a realidade e quando provoca prejuízos a terceiros, no caso, a Fazenda Nacional, legitima-se a aplicação de penalidade agravada.

Recurso especial provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

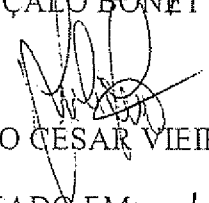
Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Gonçalo Bonet Allage (relator), Manoel Coelho Arruda Junior e Susy Hoffmann Gomes que negavam provimento. Designado o Conselheiro Julio César Vieira Gomes para redigir o voto vencedor.



CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO- Presidente



GONÇALO BONET ALLAGE – Relator



JULIO CÉSAR VIEIRA GOMES – Redator-Designado

EDITADO EM: 17/08/2010

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente), Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente), Caio Marcos Candido, Gonçalo Bonet Allage, Julio César Vieira Gomes, Manoel Coelho Arruda Junior, Moises Giacomelli Nunes da Silva, Nelson Mallmann (suplente convocado), Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Elias Sampaio Freire. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Francisco de Assis Oliveira Junior.

## Relatório

Em face de BB Administradora de Ativos – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A., CNPJ nº 30.822.936/0001-69, foi lavrado o auto de infração de fls. 229-242 (Volume II), para a exigência de imposto de renda na fonte, ano-calendário 1999, em razão de operações de aplicação financeira de renda fixa, com multa de ofício qualificada para o patamar de 150%.

O trabalho desenvolvido pela autoridade lançadora encontra-se sintetizado no Relatório de Atividade Fiscal de fls. 188-228 (Volumes I e II), de onde extraio as seguintes assertivas, com relação à operação autuada e à qualificação da penalidade (fls. 197-199, 202 e 224):

*Durante o ano de 1999, a BB DTVM efetuou, com diversos clientes, operações de captação de recursos, tipicamente de renda fixa, que estavam dissimuladas, escondidas sob a aparência de uma operação de renda variável*

*O funcionamento é explicado pela seqüência de operações descritas no item 4 (quatro) acima, que novamente exemplificarei, usando dois contratos aleatoriamente escolhidos.*

*a) A BB DTVM vende ao BB INVESTIMENTOS ouro à vista por R\$ 4 998 950,00, no dia 12.05.1999 (planilha às fls 87)*

*b) O BB INVESTIMENTOS vende o ouro para seus clientes, pelo mesmo preço à vista.*

*c) Nesta mesma data, a BB DTVM adquire ouro de um de seus clientes por R\$ 4.998.950,00, à prazo, com vencimento em 08.11.1999 (planilha às fls 146).*

*d) Ainda nesta data, a BB DTVM celebra um contrato de swap com o mesmo cliente pelo valor base (valor nominal) de R\$ 4.998.950,000, com vencimento para 08.11.1999 (planilha às fls 114).*

*(...)*

*Na primeira operação acima, realizada no dia 12.05.1999, com vencimento para 08.11.1999, o resgate da operação foi realizado no dia 31.05.1999. E na segunda operação, com vencimento em 20.09.1999, o resgate foi processado em 31.03.1999, conforme planilha às folhas 136 e 144*

*Transcrevendo o efeito final da operação teremos*

*1 – Operação do dia 12.05.1999*

*- Valor da operação R\$ 4 998.950,00*



- Valor do ouro na data do resgate – R\$ 5 062 425,00

- Valor do contrato de swap corrigido pela variação do CDI –  
R\$ 5 047 463,29

Ganho final do cliente – (R\$ 5 047 463,29 – R\$ 4 998 950,00) =  
R\$ 48 513,29

*Este valor também pode ser decomposto da seguinte forma*

a) ganho na operação com ouro – R\$ 63 475,00

b) perda na operação de swap – R\$ 14 961,71

c) resultado (R\$ 63 475,00 – R\$ 14 961,71) = R\$ 48 513,29

(..)

*O resultado da conjugação das operações descritas é o seguinte*

- Em relação à movimentação física dos ativos, não houve modificação quanto ao seu detentor, uma vez que eles voltam a pertencer à BB DTVM. Não ocorre, portanto, a efetiva tradição do ouro,

- Do ponto de vista financeiro, o efeito é de uma aplicação por parte dos clientes, uma vez que o cliente da BB DTVM fica com o direito de receber, em data futura, a quantia que entregou na data da celebração da operação, acrescida de remuneração calculada com um percentual do CDI

Mediante a simulação de negócios de compra e venda, que, em suma, escondem as aplicações de recursos acima descritos, pretendeu que a tributação, mais favorável, das aplicações financeiras de renda variável fosse empregada em uma aplicação financeira de renda fixa

O imposto sobre o rendimento obtido em aplicações financeiras de renda fixa incidiria na fonte à alíquota de 20%, no ano-calendário 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. Porém, o pagamento em separado fica dispensado quando os rendimentos auferidos em aplicações financeiras de renda variável são computados nos balanços ou balancetes de suspensão (conforme previsto no art. 35 da Lei 8 981/95), caso em que aquele imposto será pago com o apurado no referido balanço. Fica claro, portanto, que, nos meses em que fossem feitos balancetes de suspensão, sendo apurada base de cálculo negativa de imposto de renda, não seria preciso antecipar o imposto sobre os rendimentos obtidos em aplicações

*financeiras de renda variável. Este benefício não seria possível no caso de aplicações financeiras de renda fixa.*

*O principal motivo para se afirmar que o produto financeiro utilizado pela BB DTVM é uma aplicação financeira de renda fixa decorre do fato de que os rendimentos obtidos com aquele produto são sempre um percentual da taxa do CDI (custo de captação para uma instituição financeira), conforme pode ser observado na planilha apresentada pela empresa em atendimento ao Termo de Intimação de 28/05/2003.*

*A fixação do percentual garantido sobre a taxa do CDI era feita contrato a contrato, conforme explicação do contribuinte às fls 33 a 35.*

*Este ganho garantido seria impossível se fosse uma operação de renda variável. Utilizando-se da planilha às folhas 127 a 164 verifica-se que a variação obtida com o ouro ativo financeiro poderia gerar um ganho ou uma perda. Porém, ao celebrar o contrato de swap, passou-se a garantir um ganho efetivo, independentemente da variação ocorrida com o ativo ouro, caracterizando-se, portanto, como uma operação de renda fixa com rentabilidade pós-fixada, simulada por uma aparente aplicação de renda variável.*

*(...)*

*As peças probatórias revelam que:*

*a) uma das condutas adotadas foi a de excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador, de modo a suprimir o imposto de que seria responsável. As simulações procuraram esconder a tipicidade dos negócios de aplicações financeiras de renda fixa. A prática ora apontada caracteriza a fraude, conforme o conceito do artigo 72 da Lei nº 4.502/64;*

*b) no exame da sonegação, à luz do artigo 71 da Lei nº 4.502/64, vê-se que a sanção é dirigida à ação (ou à omissão) de impedir que o Fisco conheça a ocorrência do fato gerador, suas circunstâncias materiais e a condição pessoal do contribuinte. E foi o que ocorreu: os autores impediram que os nomes de seus clientes surgissem aos olhos do Fisco, na qualidade de contribuintes, quando da aplicação financeira, tipicamente de renda fixa, utilizando, como artifício, a aparência de contratos enganosos que não estão tipificados na hipótese de incidência. Só que, antes disso, esconderam a tipicidade em si dos negócios efetivamente celebrados – as aplicações financeiras de renda fixa – encobrendo a real intenção das partes mediante circunstâncias materiais artificiosas – compras e vendas simultâneas e ilusórias.*

*Ao responsável não é admissível desembaraçar-se, ao menos, do dolo eventual, pelas práticas ilícitas relatadas, considerando os resultados inteiramente previsíveis ao empresário bancário.*



A 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro (RJ) I considerou o lançamento procedente (fls. 287-311, Volume II).

Por sua vez, a Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, apreciando o recurso voluntário interposto pelo contribuinte, proferiu o acórdão nº 102-48.463, que se encontra às fls. 379-399 (Volume II), cuja ementa é a seguinte:

*NULIDADE DO LANÇAMENTO - ENQUADRAMENTO LEGAL - Pacífica a jurisprudência deste Conselho no entendimento de que a correta descrição dos fatos prevalece sobre eventual omissão ou erro na indicação do enquadramento legal, ainda mais quando a autuada rebate adequadamente os termos da acusação, indicados na descrição dos fatos*

*NULIDADE DO LANÇAMENTO - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - Sendo o MPF mero instrumento de controle administrativo e havendo nos autos MPF-C para extensão do procedimento fiscal ao IRRF do ano de 1999, rejeita-se o pedido pela nulidade do feito*

*APLICAÇÕES FINANCEIRAS DE RENDA VARIÁVEL - OPERAÇÕES CONJUGADAS - TRIBUTAÇÃO - São tributadas na fonte, como de aplicações financeiras de renda fixa, as operações conjugadas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados*

*MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - O artigo 44, inciso II, da Lei 9.430, de 1996, ao dispor sobre a aplicação da multa qualificada, determina a caracterização do evidente intuito de fraude*

*Preliminar rejeitada*

*Recurso parcialmente provido*

A decisão recorrida, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, deu parcial provimento ao recurso, para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a de 150% para 75%.

Intimada do acórdão em 23/05/2008 (fls. 400, Volume II), a Fazenda Nacional interpôs, com fundamento no artigo 7º, inciso II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria nº 147/2007, recurso especial às fls. 406-413 (Volume III), acompanhado do documento de fls. 414, cujas razões podem ser assim sintetizadas:

- a) A decisão recorrida diverge do acórdão nº 202-17.274, proferido pela Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em caso do mesmo contribuinte, com situações fáticas idênticas, sendo certo tratar-se apenas de tributos distintos (IOF e IRRF);
- b) O acórdão paradigma firmou entendimento de que “a prática de operações compostas de compra e venda de ouro e fechamento de contrato de swap, no mesmo dia, para simular a realização de operações de renda variável, mas que produzem rendimentos predeterminados, com a

*intenção de ocultar a ocorrência do fato gerador do IOF com alíquota diferente de 0%, configura ação dolosa tendente a impedir a exigência de tributo, mantendo, assim, a qualificação da multa de ofício (150%);*

- c) Já o acórdão recorrido firmou entendimento no sentido de que as referidas operações casadas, “*de conhecimento público e sujeitas a monitoramento pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central*”, não encerram em seu bojo conduta simulatória ou fraudulenta;
- d) Resta demonstrada a divergência entre as Câmaras;
- e) Pede vênica para reproduzir como razões de recurso as conclusões a que chegou o relator do acórdão paradigma, pois ali estão demonstrados os motivos configuradores da fraude e da simulação que atingem tais operações;
- f) Requer o provimento do recurso, para que a penalidade de 150% seja restabelecida

Admitido o recurso por meio do Despacho nº 475 (fls. 415-417, Volume III), o contribuinte foi intimado e apresentou contra-razões às fls. 420-430, onde defendeu, fundamentalmente, a necessidade de manutenção do acórdão recorrido.

É o Relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Gonçalo Bonet Allage, Relator

O Recurso Especial da Fazenda Nacional cumpre os pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecido.

Reitero que o acórdão proferido pela Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, deu parcial provimento ao recurso, para desqualificar a multa de ofício, reduzindo-a de 150% para 75%.

Segundo a recorrente, a qualificação da multa de ofício é justificada pela caracterização de simulação quanto a operações de renda variável realizadas pela interessada, mas que produziram rendimentos predeterminados e, portanto, eram de renda fixa, exatamente da forma como decidiu o Segundo Conselho de Contribuintes no acórdão nº 202-17.274, que tratou da operação em questão, mas relacionada ao IOF.

Eis a matéria em litígio.

Pois bem, a autoridade lançadora entendeu que se está diante de caso de multa qualificada de 150%, prevista, ao tempo do auto de infração, no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, nos seguintes termos:



*Art 44 Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição*

*( )*

*II – 150% (cento e cinquenta por cento), nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4 502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis*

Segundo tal norma, os casos de evidente intuito de fraude estão previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, os quais determinam que:

*Art 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária*

*I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais,*

*II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente*

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

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

Ressalto, novamente, que no Relatório de Atividade Fiscal de fls 188-228 (Volumes I e II), a autoridade lançadora justificou a exasperação da penalidade em razão da simulação das operações de renda fixa.

O dolo é elemento específico da sonegação, da fraude e do conluio, que o diferencia da mera falta de pagamento do tributo ou da simples omissão de rendimentos, ou seja, o intuito doloso deve estar plenamente demonstrado, sob pena de não restarem evidenciados os ardis característicos da fraude, elementos indispensáveis para ensejar o lançamento da multa qualificada.

Sob minha ótica, as circunstâncias dos autos não justificam a exasperação da penalidade.

Devo trazer à colação, adotando-as como razões de decidir, as colocações feitas pelo Relator acórdão recorrido, Conselheiro José Raimundo Tosta Santos (fls. 398-399):

*Quanto à redução da penalidade, pleiteada em extenso arrazoado pela recorrente, entendo que a multa de ofício deve ser desqualificada. Todos os documentos apresentados — contratos, lançamentos contábeis, documentos e esclarecimentos*

*solicitados — permitiram à fiscalização avaliar a correção das operações. Os contratos foram registrados em cartório de títulos e documentos e geraram direitos e obrigações para as partes que o assinaram. Não há nos autos prova de que a recorrente tenha se utilizado de ardis ou subterfúgios tendentes a escamotear as operações, que são monitoradas pelo Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil. Trata-se de operações de conhecimento público, realizadas por pessoas físicas e jurídicas, muitas delas, inclusive, de direito público, consoante relação às fls. 68/73. Os investidores ao comprarem e venderem ouro, de fato, apenas recebem ou entregam certificados de custódia. Os atos praticados eram lícitos. Não houve declaração enganosa de vontade, até porque as cláusulas contratuais determinavam exatamente o que foi cumprido — garantiam ao investidor resultados predeterminados. Os Contratos de Compra e Venda de Ouro e de Proteção contra Riscos Financeiros foram efetivos, tanto assim que deram suporte à caracterização de operações conjugadas. Sem a previsão normativa do artigo 65, § 4º, da Lei nº 8.981, de 1995, haveria enormes dificuldades para a fiscalização ter atuado. Por outro lado, não se pode concluir que a aplicação do referido dispositivo implica na qualificação da multa. Em termos financeiros nenhum benefício houve ao BB DTVM S/A, pois a tributação exclusiva na fonte, sob a responsabilidade desta, diminui o valor líquido a ser pago ao beneficiário do rendimento.*

Sobre o mérito da autuação, após transcrever a legislação de regência, o Relator do acórdão recorrido fez as seguintes ponderações (fls. 397):

*A questão fulcral indicada no lançamento e muito bem analisada na decisão a quo (fls. 300/302), cujos fundamentos não merecem reparos, é examinar se o resultado auferido deve ser tributado como renda variável, como aduz o recorrente, ou como renda fixa, considerando tratar-se de operações conjugadas, nos termos do artigo 65, § 4º, alínea "a", da Lei 8.981, de 1995.*

*Parece-me evidente que os contratos celebrados às fls. 22/25 (Contrato de Proteção contra Riscos Financeiros) e 27/28 (Contrato de Compra e Venda de Ouro), exemplificam, na prática, o conceito de operações conjugadas. A compra e a venda de ouro num mesmo dia, simultâneas a uma operação de "swap" de variação do ouro versus variação do CDI, todas de valores idênticos, com a flagrante finalidade de proporcionar-lhes remuneração igual à variação do CDI. As operações conjugadas permitem a obtenção de rendimentos predeterminados, realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como no mercado de balcão, nos termos do artigo 17 da Instrução Normativa nº 123, de 1999. De fato, os contratos celebrados, em operações conjugadas, retiram o risco subjacente à toda operação de renda variável, conferindo ao cliente resultado predeterminado, característico de aplicação financeira de renda fixa.*

*Não se trata de interferir na liberdade de contratar que rege as relações privadas. A fiscalização, por atuar de forma vinculada*



*à lei (cuja vigência não pode ser negada por este Colegiado), ao deparar-se com as operações enlaçadas, simultâneas, como as do presente caso. não podia agir de forma diversa da disciplinada no artigo 65, § 4º, da Lei nº 8.981, de 1995.*

De fato, segundo penso, a operação subsume-se à regra do artigo 65 da Lei nº 8.981/95 e a interessada está sujeita à incidência do imposto de renda na fonte, mas não caracteriza o evidente intuito de fraude do contribuinte BB Administradora de Ativos – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A., previsto ao tempo do lançamento, no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, por não se enquadrar em nenhuma das regras dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64

Cumpre ressaltar que a interessada não auferiu nenhum benefício financeiro com tais operações, pois a tributação exclusiva na fonte, sob sua responsabilidade, diminui o valor líquido a ser pago ao beneficiário do rendimento.

Além disso, a operação foi feita às claras e está registrada documentalmente, com os respectivos lançamentos contábeis.

Nada foi escondido da fiscalização

Sob minha ótica, tais circunstâncias recomendam a aplicação ao caso do artigo 112, incisos II e IV, do Código Tributário Nacional – CTN, segundo o qual: “Art 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: (...) II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos, (...) IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.”

Entendo, pois, que a decisão recorrida merece ser confirmada, pois não se justifica a qualificação da multa de ofício para o caso.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional.



Gonçalo Bonet Allage – Relator

## Voto Vencedor

Conselheiro JULIO CÉSAR VIEIRA GOMES, Designado

A questão a ser enfrentada é apenas quanto a procedência ou não do agravamento da multa de ofício de 75% para 150%, já que Com as devidas vênias, divirjo do entendimento do ilustre relator e digo o porquê.

As razões para se concluir pela improcedência da multa agravada estão assim sintetizadas:

*Sob minha ótica, as circunstâncias dos autos não justificam a exasperação da penalidade.*

*Devo trazer à colação, adotando-as como razões de decidir, as colocações feitas pelo Relator acórdão recorrido, Conselheiro José Raimundo Tosta Santos (fls 398-399):*

*Quanto à redução da penalidade, pleiteada em extenso arrazoado pela recorrente, entendo que a multa de ofício deve ser desqualificada. Todos os documentos apresentados — contratos, lançamentos contábeis, documentos e esclarecimentos solicitados — permitiram à fiscalização avaliar a correção das operações. Os contratos foram registrados em cartório de títulos e documentos e geraram direitos e obrigações para as partes que o assinaram. Não há nos autos prova de que a recorrente tenha se utilizado de ardis ou subterfúgios tendentes a escamotear as operações, que são monitoradas pelo Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil. Trata-se de operações de conhecimento público, realizadas por pessoas físicas e jurídicas, muitas delas, inclusive, de direito público, consoante relação às fls. 68/73. Os investidores ao comprarem e venderem ouro, de fato, apenas recebem ou entregam certificados de custódia. Os atos praticados eram lícitos. Não houve declaração enganosa de vontade, até porque as cláusulas contratuais determinavam exatamente o que foi cumprido — garantiam ao investidor resultados predeterminados. Os Contratos de Compra e Venda de Ouro e de Proteção contra Riscos Financeiros foram efetivos, tanto assim que deram suporte à caracterização de operações conjugadas. Sem a previsão normativa do artigo 65, § 4º, da Lei nº 8 981, de 1995, haveria enormes dificuldades para a fiscalização ter atuado. Por outro lado, não se pode concluir que a aplicação do referido dispositivo implica na qualificação da multa. Em termos financeiros nenhum benefício houve ao BB DTVM S/A, pois a tributação exclusiva na fonte, sob a responsabilidade desta, diminui o valor líquido a ser pago ao beneficiário do rendimento.*



E o ilustre relator, também seguindo as razões no acórdão recorrido, concluiu que se tratava em última instância de operação com renda fixa:

...

*De fato, os contratos celebrados, em operações conjugadas, retiram o risco subjacente à toda operação de renda variável, conferindo ao cliente resultado predeterminado, característico de aplicação financeira de renda fixa*

Apenas não encontrou elementos comprobatórios nos autos de que houve simulação, emprego de meio ardil para se encobrir a realidade. Conclusão essa da qual, com todas as vênias, discordo completamente. Senão vejamos:

O contribuinte defendeu desde a impugnação que a operação era de renda variável e não de renda fixa, fls. 258, no sentido contrário ao que decidiu por unanimidade o acórdão recorrido. Após o recurso especial da Fazenda Nacional optou em pagar o valor principal com a multa de ofício em 75%, fls. 558. Do que já se conclui que o contribuinte à época dos fatos tentava convencer que o conjunto de operações com ativo financeiro ouro finalizada com o contrato de swap envolvendo CDI deve ser tributada como renda variável, com imunidade de IRRF e tributada apenas com 1% de IOF na operação de origem. É disso que deseja convencer o contribuinte.

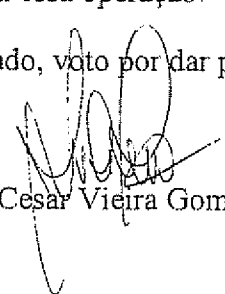
Pois bem, entendo que um primeiro passo para identificação de uma simulação é se verificar a **finalidade** e, após, o resultado, que é o ganho advindo com a construção realizada. Somente existe simulação quando aquilo que é aparenta o que não é, caso contrário coincidiriam a aparência com a realidade. O natural é que assim seja: as coisas aparentam o que são, para mudar isso é necessária a intervenção da inteligência – no caso do peixe-pedra e do bicho-pau e de outras obras da natureza foi a inteligência divina do criador, mas o homem também realiza suas façanhas. No presente caso, um título de renda fixa, CDI, recebeu uma roupagem em ouro, mas por que? Qual seria a justificativa diferente da redução de tributo para que então não se vendesse ao cliente o CDI? Não há explicação do contribuinte em suas peças recursais; defende o tempo todo que o contrato de swap com CDI é desvinculado do contrato de compra e venda de ouro, fls. 325.

Ora, constam nos autos os dois contratos: contrato de compra e venda de ouro e contrato de proteção contra riscos financeiros, ambos assinados na mesma data 10/03/99, fls. 25 e 28. Pelo primeiro, o investidor compra ouro e pelo segundo, na prática, transforma-se ouro em CDI; “coincidentemente”, não fosse a efêmera e duvidosa presença do ouro teria o contribuinte que pagar além do IOF o IRRF com alíquota de 20%. Será realmente que essas operações envolvendo contrato de compra e venda de ouro foram naturais, com algum propósito justificável e lícito? Para mim e para a maioria do colegiado houve uma clara simulação.

O fato de que essas operações se tornaram públicas, inclusive com o conhecimento de outros órgãos que não fiscalizam tributos me parece mais relevante para reforçar que se trata de simulação do que o contrário. O simulador necessita que a aparência seja notória para melhor escamotear a realidade; caso contrário, os verdadeiros propósitos acabariam por denunciá-lo. De fato, os contratos estão perfeitamente formalizados; portanto, a forma, aparência, quando vista de longe convence o observador distraído. Não se deve examinar apenas as partes como se existentes por si mesmas, mas o conjunto, a construção como um todo. E não há dúvida que se arquitetou como operação de renda variável, ouro, o que é de renda fixa, CDI.

Por fim, quanto à inexistência de ganhos para o contribuinte autuado, somente também se pode convencer disso o observador distraído. Perante o fisco, comprador e vendedor de títulos têm interesses coincidentes. A economia do investidor com os tributos torna os títulos mais atrativos para o mercado, daí o seu ganho. Diga-se ainda de passagem que, independentemente de quem seja o principal beneficiário, para a autuação, considerando que vendedor e comprador têm interesses coincidentes em economizar tributo, bastaria o prejuízo da Fazenda Pública com essa operação.

Por tudo, voto por dar provimento ao recurso da Fazenda Nacional.



Julio Cesar Vieira Gomes – Redator-Designado