



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19740.000672/2003-31
Recurso nº : 127.396
Acórdão nº : 202-17.274

2.º	PUBLI ADO NO D. O. U.		
C	D. 16/02/0X	0X	
C	Rubrica		

2º CC-MF
Fl.

Recorrente : BB ADMINISTRAÇÃO DE ATIVOS - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A - BB-DTVM
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 6/10/2006

Cleusa Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL COMPLEMENTAR - MPF-C.

Comprovada a expedição de MPF-C para extensão da autorização de fiscalização inicial ao IOF e sendo o MPF um mero instrumento de controle administrativo, é improcedente a alegação de nulidade do auto de infração fundada na inexistência desta ordem.

NORMAS PROCESSUAIS. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

As instâncias administrativas não têm competência para apreciar vícios de ilegalidade ou de constitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

IOF. APLICAÇÕES FINANCEIRAS EM TÍTULOS.

Constatado o artificialismo de uma “coligação de negócios”, sob a perspectiva do negócio ostensivo adotado (operações relativas a títulos e valores mobiliários), cabível a exigência do imposto que deixou de ser recolhido em face do negócio efetivamente praticado.

MULTA QUALIFICADA. FRAUDE. SIMULAÇÃO.

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.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BB ADMINISTRAÇÃO DE ATIVOS - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A - BB-DTVM.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 6/10/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 19740.000672/2003-31
Recurso nº : 127.396
Acórdão nº : 202-17.274

Cleuza Takafuji
Cleuza Takafuji
Secretaria da Segunda Câmara

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.** Fez sustentação oral o Dr. Acélio Jacob Roehrs, OAB/RJ nº 114.104, advogado da recorrente.

Sala das Sessões, em 23 de agosto de 2006.

Atulium
Antonio Carlos Atulim

Presidente

Zomer
Antonio Zomer

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Ivan Allegretti (Suplente), Simone Dias Musa (Suplente) e Maria Teresa Martínez López.



Processo nº : 19740.000672/2003-31
Recurso nº : 127.396
Acórdão nº : 202-17.274

Cleuza Takafuji
Secretaria da Segunda Câmara

Recorrente : BB ADMINISTRAÇÃO DE ATIVOS - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A - BB-DTVM

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado para exigência de IOF, que deixou de ser recolhido sobre aplicações financeiras de renda fixa. A contribuinte foi cientificada do lançamento em 10/12/2003.

Segundo a Fiscalização, a BB-DTVM teria idealizado um produto para seus clientes, que buscavam remuneração sem risco, travestido em aplicação de renda variável.

O Auditor-Fiscal concluiu que os clientes dirigiam-se à BB-DTVM para realizar uma aplicação financeira de renda fixa, sem risco, ou com baixíssimo risco, porém, a instituição realizava um contrato de compra e venda à vista de ouro, do Banco do Brasil Investimentos S/A, conjugada com operação de recompra a prazo pela DTVM, de forma concatenada e no mesmo momento. Esta prática demonstrou ser mera simulação para esconder o real objetivo de efetuar operações de captação de recursos junto aos clientes, típicas de renda fixa, com remuneração pós-fixada (variação do CDI no período).

A título de exemplo, a Fiscalização descreve uma operação realizada no dia 12 de maio de 1999, data em que a BB-DTVM teria simulado a venda de ouro para o BB Investimentos, por R\$ 4.998.950,00. No mesmo dia o BB Investimentos vendeu à vista a mesma quantidade de ouro para o cliente da BB-DTVM, pelo mesmo valor. Ainda neste mesmo dia a BB-DTVM recomprou do cliente o ouro a prazo, com vencimento para 08 de novembro de 1999. Por fim, ainda no mesmo dia, celebrou um contrato de **swap**, com o cliente, ficando este com uma posição ativa em CDI e passiva em ouro, conforme demonstram os esquemas de fls. 202/203.

Antes do vencimento previsto inicialmente, o cliente liquidou a operação, tendo resgatado, em 31 de maio de 1999, o valor inicialmente aplicado de R\$ 4.998.950,00, mais a remuneração do CDI pactuada, de R\$ 41.513,19. Neste caso, o autuante lançou de ofício o IOF calculando-o à alíquota de 0,38%, incidente sobre as aplicações financeiras de renda fixa, tendo como base de cálculo o valor da aplicação, de R\$ 4.998.950,00.

A Fiscalização exigiu o tributo acrescido da multa de ofício qualificada, de 150%, porque considerou a conduta adotada fraudulenta, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.502/64, tendo em vista que as simulações visaram ocultar a tipicidade dos negócios de aplicações financeiras de renda fixa e, assim, burlar a legislação do IOF. Em decorrência, foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais (Processo nº 19740.000669/2003-17), em virtude da ocorrência de fatos que, em tese, configuraram o crime contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

Irresignada a autuada aduz inicialmente que, pelo fato de ter sua sede no Rio de Janeiro, está subordinada à jurisdição da Delegacia da Receita Federal daquela cidade, pelo que, de acordo com o disposto no art. 25, I, "a", do Decreto nº 70.235/72, o titular da referida Delegacia é quem deveria conduzir o julgamento e proferir a decisão de primeira instância.



Redação
Cleuza Takafuji
Secretaria da Segunda Câmara

Processo nº : 19740.000672/2003-31
Recurso nº : 127.396
Acórdão nº : 202-17.274

Prosseguindo em sua defesa alega, em síntese, que:

- o auto de infração é nulo, pois, ao autuar a BB-DTVM pelo não recolhimento de IRRF e IOF, a autoridade fiscal exorbitou da competência que lhe fora outorgada pelo MPF relativo ao IRPJ;

- as referidas operações não se enquadram na regra do art. 2º da Instrução Normativa nº 87/99, pois não têm como objeto o metal ouro. Por sua vez, o contrato de SWAP tem como objeto a troca de resultados financeiros decorrentes da aplicação de taxas ou índices sobre ativos ou passivos utilizados como referenciais (§ 1º, art. 1º, item III, da Resolução nº 2.138, de 29/12/94);

- as referidas operações não são de títulos e valores mobiliários, pois os contratos questionados não se subsumem no conceito de valor mobiliário, de modo que, relativamente ao IOF, não constituem o fato gerador contemplado no art. 25 do Decreto nº 2.219/97. O ouro, ademais, tem tributação própria no art. 31 do referido decreto, com incidência apenas na operação de origem;

- quer se trate de renda variável ou fixa, o certo é que as operações envolvem ouro e o Fisco, de rigor, está sujeitando esse ativo ao IOF, utilizando normas outras que não a que disciplina tal modalidade de negócio, exorbitando sobretudo o disposto no art. 153, § 5º, da CF;

- as referidas operações são legítimas e desvinculadas, de modo que os efeitos tributários dos contratos (compra/venda/swap de ouro) devem ser examinados isoladamente em obediência aos princípios, conceitos e formas do direito privado, conforme autorizam os arts. 109 e 110 do CTN. Entre estes princípios estão os da liberdade de contratar das partes, da vedação à interpretação econômica dos fatos jurídicos para fins tributários e da segurança jurídica dos administrados;

- o valor da contratação das referidas operações - e não o valor de resgate (vide planilhas apresentadas no auto de infração) - é que deve compor a base de cálculo. Não obstante, também devem ser excluídos da base de cálculo os valores de lançamentos tributários decorrentes de operações celebradas com clientes/contribuintes considerados imunes como a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, etc., conforme preceitua o art. 150, VI, "a" e "c", da CF/88; e

- a multa de 150% é inaplicável pela falta de comprovação da existência de dolo ou má-fé por parte da BB-DTVM, posto que não houve a intenção deliberada de fraudar a legislação tributária, havendo, no máximo, interpretação divergente desta legislação.

A 8ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP manteve integralmente o lançamento em Acórdão assim ementado:

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

Período de apuração: 25/01/1999 a 16/06/1999

Ementa: IOF. PRELIMINAR DE COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. A DRJ/SPO I. é competente para o julgamento em primeira instância dos processos de exigência do IOF, oriundos de todas as unidades da SRF.

J. J.

J.



Processo nº : 19740.000672/2003-31
Recurso nº : 127.396
Acórdão nº : 202-17.274

Cleusa Takafuji
Secretaria da Segunda Câmara

NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. IRREGULARIDADE. A falta ou irregularidade do MPF, mero instrumento de controle administrativo, não é causa de nulidade do lançamento.

FRAUDE TRIBUTÁRIA. SIMULAÇÃO. INCIDÊNCIA DO IOF. 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.

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

Lançamento Procedente".

No recurso voluntário a autuada ratifica a alegação de nulidade formal do auto de infração, porquanto o MPF somente permitia ao auditor fiscalizar e apurar crédito tributário decorrente de IRPJ e, no tocante ao mérito, primeiramente contesta a assertiva, contida na decisão recorrida, de que as operações de compra e venda de ouro continham declaração da intenção de transferir a propriedade do ouro, pois a verdadeira intenção da BB-DTVM era fornecer aos seus clientes remuneração típica dos ativos de renda fixa (variação do CDI).

Alega a recorrente que, apoiada na Resolução nº 2.138/94 do Conselho Monetário Nacional, idealizou um novo produto no mercado, que consistia num contrato de proteção contra riscos financeiros (swap) denominado como "Swap DI x Ouro", cujo objetivo era a troca do índice correspondente à variação do preço do metal (ouro) no período de vigência da operação por um percentual da taxa média de remuneração dos depósitos interfinanceiros (DI) de um dia, acumulado no período.

Assevera que os contratos que celebrou com seus clientes não tinham como objeto o ouro (ativo financeiro), mas sim a troca de resultados financeiros, operações lícitas e amplamente praticadas no mercado, não havendo qualquer intenção de burlar as normas tributárias, o que desautoriza a ilação empreendida pelo Fisco de que havia deliberado propósito de sonegação.

Analizando a legislação do IOF aplicável aos títulos e valores mobiliários, afirma que seu produto não pode ser considerado como uma aplicação dessa natureza, pois os contratos de compra e venda de ouro têm natureza real, não se submetendo à tributação do IRRF nem do IOF. Neste pormenor, acrescenta que o fato de não ter havido a tradição real do ouro não desnatura o contrato de compra e venda, haja vista a lei civil admitir a tradição ficta.

Aduz que as operações praticadas - compra/venda/swap de ouro - devem ser consideradas individualmente e não pelo seu resultado global, como consta da decisão recorrida, sendo assim tipicamente de renda variável, da mesma forma que a operação de swap com um dos índices em ouro. Conseqüentemente, os efeitos tributários desses contratos, tomados individualmente, são aqueles próprios de renda variável, que se submetem à alíquota zero de IOF, conforme disposto no art. 4º, § 2º, III, da Portaria MF nº 348/98.

Com respeito a esta Portaria Ministerial, acrescenta que a mesma é ilegal e inconstitucional na parte em que elevou a alíquota do IOF sobre operações relativas a títulos ou



Processo nº : 19740.000672/2003-31
Recurso nº : 127.396
Acórdão nº : 202-17.274

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

valores mobiliários para 0,38%, uma vez que a alíquota zero, que vinha sendo aplicada, foi definida por lei (art. 76, § 6º, da Lei nº 8.981/95). De acordo com a recorrente, o vício de constitucionalidade contamina o próprio IOF/títulos, pois a legislação que instituiu o tributo (Decreto-Lei nº 1.783/80 e Lei nº 8.894/94) não definiu o aspecto temporal da hipótese legal de incidência do imposto, ou seja, o momento de ocorrência do fato gerador.

Com relação à multa qualificada, alega que nunca teve intenção de ocultar qualquer operação da Fiscalização, à qual atendeu prontamente, fornecendo todos os documentos solicitados, não havendo em sua contabilidade qualquer maquiagem, ardil ou subterfúgio para fugir da tributação. Por conseguinte, pode até ter havido falha ou irregularidade, sob o aspecto tributário, na estruturação da operação *in casu*, porém, a mesma foi idealizada para atingir uma finalidade diversa da que o Fisco pretende enquadrar.

Toda a operação foi estruturada de forma lícita e legal, sem que fosse necessário driblar qualquer obstáculo ou impedimento à sua operacionalização, ao menos até agosto de 1999, quando, atendendo à solicitação do Banco Central do Brasil, conforme expediente Defis/Refis-99/0306, de 06/08/99 (Anexo I), a recorrente suspendeu a realização de operações dessa natureza.

Por estas razões, entende a recorrente que sua conduta pode ser classificada, quando muito, como irregular, mas nunca como ilícita. Assim, não havendo o dolo requerido pelos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, não pode ser aplicada a ela a respectiva sanção administrativa. Em reforço à esta tese, transcreve a ementa de alguns julgados do Conselho de Contribuintes, nos quais teria sido afastada a acusação de simulação ou fraude à legislação tributária.

Ao final, requer o provimento do recurso para reformar a decisão recorrida, com o fito de, sucessivamente:

- 1) anular integralmente a autuação fiscal, quer pela inobservância do Mandado de Procedimento Fiscal, quer por ser absolutamente indevida a tributação pretendida; ou
- 2) fixar a incidência do tributo apenas sobre o resultado do swap e não sobre seu valor base, tampouco sobre a compra e venda de ouro; e
- 3) retirar a qualificação da multa de ofício, reduzindo-a para 75%.

À fl. 386 a autoridade preparadora informa que foi providenciada a garantia recursal sob a forma de depósito equivalente a 30% do crédito tributário mantido na decisão recorrida.

É o relatório.



Processo nº : 19740.000672/2003-31
Recurso nº : 127.396
Acórdão nº : 202-17.274

Cleuza Takafuji
Cleuza Takafuji
Secretaria da Segunda Câmara

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ANTONIO ZOMER

O recurso é tempestivo e cumpre os requisitos legais para ser admitido, pelo que dele conheço.

Primeiramente, analiso a preliminar de nulidade do auto de infração por suposta falta de MPF específico para o lançamento do IOF.

Os elementos constantes dos autos dão conta de que o procedimento foi iniciado para a fiscalização do IRPJ (MPF de fl. 01), mas foi estendido para o IRRF e IOF pelos MPF-C (Complementares) de fls. 02 e 06, respectivamente.

O MPF-C relativo ao IOF foi expedido em 21/08/99 e enviado à BB-DTVM por fax em 29/08/99, conforme informa o documento de fl. 40. Como a ciência do auto de infração só se deu em 10/12/2003, não procede a alegação de que o lançamento do IOF não estaria acobertado por MPF. Além disto, é certo que o Mandado de Procedimento Fiscal advém de uma norma administrativa cujo objetivo é o gerenciamento da ação fiscal. Sendo assim, eventuais vícios em relação ao mesmo, caso existentes, só ensejam a nulidade do lançamento se restar evidenciado que houve alguma afronta aos direitos do administrado.

Entretanto, este não é o caso, pelo que rejeito a preliminar de nulidade do auto de infração por suposta falta de MPF.

No tocante ao mérito, não vejo como dar razão à recorrente, no que se refere à caracterização da ocorrência do fato gerador do IOF. A descrição dos fatos demonstra que as operações foram realizadas de forma concatenada e na mesma data foi feita de forma cristalina pela Fiscalização, disto não discordando a contribuinte, que a reproduziu no recurso voluntário da seguinte maneira:

- o cliente compra ouro à vista (do BB-BI);
- o cliente vende ouro (à BB-DTVM), com transmissão da propriedade imediata, forma de pagamento a prazo, pelo preço de bolsa na véspera da liquidação (final do prazo); e
- o cliente e a BB-DTVM celebram contrato de *swap*, cujo valor nocional é equivalente ao da compra do ouro, sendo: o cliente devedor da variação do ouro e a BB-DTVM devedora do índice CDI.

A discordância da recorrente reside apenas no fato de que o Fisco juntou as três operações para delas extrair uma só, correspondente ao resultado alcançado pelo cliente, que correspondeu ao de uma aplicação financeira de renda fixa, sujeita à incidência do IOF, à alíquota de 0,38%, como preceitua a legislação tributária. Desta forma, originou-se o lançamento tributário.

A recorrente entende que a tributação deveria recair sobre cada uma das operações, resultando daí a submissão delas à alíquota zero de IOF. Este foi, de fato, o objetivo da contribuinte ao criar e oferecer aos clientes o produto.

No entanto, a sua pretensão não tem fundamento jurídico, tratando-se de simulação, “maquiagem” de operações financeiras. O Banco Central, assim que tomou



Processo nº : 19740.000672/2003-31
Recurso nº : 127.396
Acórdão nº : 202-17.274

Cleuzá Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

conhecimento da forma como eram realizadas tais operações, determinou a sua retirada imediata do mercado, como se observa no Of. Defis/Refis-99/0306.

No que respeita às demais alegações sobre a qualificação de cada operação, se realizada individualmente, não as considero relevantes para a solução do presente litígio, porque não há discordância no tocante à validade dos atos praticados e quanto à sua exteriorização formal. O que a Fiscalização assinalou, e o Banco Central constatou, foi que a recorrente, nas operações em tela, valeu-se de formas jurídicas indiretas, distintas das que seriam aplicáveis no negócio objetivado, com o fito exclusivo de fugir à tributação.

O pressuposto da autuação é, portanto, o abuso de forma, tratado por Marco Aurélio Greco da seguinte forma:

"os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o perfil objetivo do negócio e como tal assumem caráter abusivo; neste caso, o fisco a eles pode opor-se, desqualificando-os fiscalmente para requalificá-los segundo a descrição normativo-tributária pertinente à situação que foi encoberta pelo desnaturamento da função objetiva do ato".¹

Neste passo, por pertinente, incorporo ao meu voto a manifestação do Conselheiro Antônio Carlos Bueno Ribeiro, proferida no Acórdão nº 202-14.843, de 10/06/2003:

"Abrindo parênteses, é comum o mercado financeiro conformar operações de uma espécie de sorte a obter resultado de outra, notadamente de financiamento, valendo-se de distintos ativos, sejam títulos de crédito, de renda fixa ou mesmo de renda variável. Exemplo disso é a operação a termo coberta com ações, na qual o comitente que pretende se financiar junto ao mercado acionário vende no mercado à vista uma posição acionária de que é detentor (v.g. por 100) e, concomitantemente, a recompra no mercado a termo (30, 60 ou 90 dias) por um valor no qual está agregada a taxa de financiamento correspondente ao período a transcorrer até a data da liquidação do termo (v.g. por 110).

Temos o que Alberto Xavier² denomina de 'Coligação de negócios e procedimento negocial':

'Outras vezes o efeito indireto de concretização de resultado economicamente equivalente não se obtém pela prática de um só ato ou negócio jurídico isolado (ainda que indireto ou fiduciário), mas por uma pluralidade de atos autônomos, realizados numa seqüência lógica e cronológica adequada ao efeito pretendido.'

Ocorre então a figura da coligação ou união de contratos, na sua modalidade de união com dependência, que se verifica quando as partes querem a pluralidade de contratos como um todo, como um conjunto econômico³.

Quando esta pluralidade de atos ou negócios coligados se insere numa série lógica e cronológica (como sucede com as *step-by-step transactions* ou com as *single composite transactions* do direito anglo-saxônico) fala-se em procedimento negocial ou negócios de formação sucessiva. Tais negócios encontram-se unidos por um nexo de continuidade,

¹ "Planejamento Fiscal e Abuso de Direito" in "Imposto de Renda - Conceitos, Princípios e Comentários", obra coletiva, Atlas, p. 92

² *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*, DIALETICA, 2002, pg. 66/67.

³ Cfr. Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, cit., 397.



Processo nº : 19740.000672/2003-31
Recurso nº : 127.396
Acórdão nº : 202-17.274

Cleuza Takafuji
Secretária da Segunda Câmara

produzem efeitos em cadeia, um sucedendo ao outro, de tal forma que a finalidade última só pode ser alcançada com a prática seriada de todos⁴.”

Mais adiante, no mesmo voto, o referido Conselheiro prossegue a sua análise nos seguintes termos:

“Vejo aqui situação que se depreende dos ensinamentos abaixo da lavra do Prof. Ricardo Mariz de Oliveira e que, mesmo no entendimento daqueles que rejeitam as teorias do abuso de direito, apontam para a desvalia em produzir o resultado fiscal pretendido de “arranjos” que tais:

‘No cotidiano dos nossos tempos, muitas vezes são praticados atos válidos e reais com o único fito de evitar incidências fiscais onerosas. Esses atos são eficientes à produção legítima desse resultado quando eles, tendo atendido aos três requisitos da elisão fiscal⁵, efetivamente mudam algo na vida privada das pessoas envolvidas, e essa mudança é consequência da efetividade dos atos ocorridos, e de não haver mera simulação nas ações opostas ao fisco.

Proximamente a essas situações, outras vezes há a prática de atos que, individualmente considerados, são válidos e aparentam ser reais, ou mesmo o são, e cuja prática também visa evitar incidências fiscais onerosas.

Contudo, esses outros atos não serão eficientes a produzir legitimamente o resultado fiscal perseguido quando eles efetivamente não produzirem uma mutação na vida privada das pessoas, ou produzirem uma mutação diferente daquela que aparentarem à primeira vista, porque a primitiva mutação, que deveria atuar permanentemente, é contrabalançada ou cancelada por outra mutação posterior, geralmente quase que imediata, sendo que esta segunda alteração, verdadeira reposição patrimonial e neutralização da primeira, desde antes do primeiro ato ser praticado já estava na intenção das pessoas envolvidas.’ (g/n)

Pois então, um indivíduo que num fugaz momento passou a ser titular de um ativo financeiro, adquirido em tantas prestações, imediatamente dele dispõe, com prejuízo, de sorte a dispor de pronto de um principal que é imediatamente canalizado para a aquisição de um veículo que, por sua vez, se presta (ou) para a garantia da aquisição daquele ativo financeiro, restando, no fechar do círculo, para aquele indivíduo uma obrigação a ser paga em tantas prestações àquele que lhe possibilitou a disposição daquele principal utilizado na aquisição do veículo oferecido em garantia dessa obrigação, o que, à evidência, se engata no tipo previsto para operação de crédito efetivamente praticada.”

Com relação à base de cálculo e à alíquota, o autuante arrolou, tanto no enquadramento do auto de infração, à fl. 250, como no “Relatório da Atividade Fiscal”, à fl. 229, a Portaria MF nº 348/98, que, em seu art. 4º, § 1º, assim estabeleceu:

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

⁴ Cfr. Orlando Gomes, Introdução..., cit., 359-360; TULIO ROSEMBUJ, *El fraude de ley y el abuso de las formas*, cit., 140 ss. E 205 ss.

⁵ (1) decorrer de atos ou omissões da pessoa (que não é contribuinte) anteriores à ocorrência do fato gerador da obrigação que ela quer elidir; (2) decorrer de atos ou omissões conformes à lei, e (3) decorrer de atos ou omissões reais e não simulados.



Processo nº : 19740.000672/2003-31
Recurso nº : 127.396
Acórdão nº : 202-17.274

Cleuzia Takafuji
Secretaria da Segunda Câmara

§ 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."

Na "Plancha de Cálculo do IOF", às fls. 163/174, o autuante atribuiu à coluna dos valores sobre os quais aplicou à alíquota de 0,38% o título de "valor de resgate", embora ali estivessem reproduzidos os valores das aplicações, que correspondem à base de cálculo definida pela legislação. Assim, como restou assinalado na decisão recorrida, o único reparo a ser feito na apuração do crédito tributário diz respeito à retificação do título da referida coluna para "valor de aquisição", restando, assim, saneado o equívoco do autuante, que, destaque-se, nenhum prejuízo acarretou à contribuinte.

A recorrente alega que a Portaria MF nº 348/98 e a própria incidência do IOF sobre os títulos é ilegal e inconstitucional. Esta argumentação não lhe pode socorrer neste momento, haja vista os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis serem regulados pela própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, o qual detém, com exclusividade, essa prerrogativa. Desta forma, as instâncias administrativas não podem negar aplicação a dispositivos da legislação tributária, em decorrência de alegados vícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Neste sentido é vasta a jurisprudência administrativa dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, bastando aqui citar o Acórdão nº 202-15.431, de 16/02/2004, cuja ementa tem o seguinte teor:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. As instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente."

Analizando a questão, o professor Hugo de Brito Machado, no livro Temas de Direito Tributário (Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 134), assim se posicionou:

"Não pode a autoridade administrativa deixar de aplicar uma lei ante o argumento de ser ela inconstitucional. Se não cumpri-la sujeita-se à pena de responsabilidade, artigo 142, parágrafo único, do CTN. Há o inconformado de provocar o judiciário, ou pedir a repetição do indébito, tratando-se de inconstitucionalidade já declarada."

Demonstrada e comprovada a ocorrência do fato gerador do IOF e estando a apuração do imposto apurado segundo as normas de regência, resta apenas examinar se a qualificação da multa de ofício encontra guarida na legislação tributária federal.

A recorrente alega que não houve a intenção deliberada de fraudar a legislação tributária, tendo havido, no máximo, interpretação divergente dessa legislação, o que não está de acordo com a descrição e provas coligidas pela Fiscalização. As operações estão perfeitamente configuradas e foram realizadas pela BB-DTVM com seus clientes, com o envolvimento do Banco do Brasil Investimentos S/A, consistindo na simulação de venda seguida de compra de ouro no mesmo dia, sem a devida contabilização da venda na BB-DTVM e tampouco sem a tradição do objeto da venda.

Além disto, as provas coletadas pelo autuante demonstram que a seqüência de operações engendrada pela BB-DTVM incluiu, além das seguidas vendas e compras de ouro, o fechamento, no mesmo dia, de um contrato de swap, de forma que o resultado financeiro



Cleuzá Takaishi
Secretaria da Segunda Câmara

Processo nº : 19740.000672/2003-31
Recurso nº : 127.396
Acórdão nº : 202-17.274

operado fosse o seguinte: o cliente efetuou um desembolso inicial equivalente ao valor nominal da compra do ouro e a BB-DTVM, na liquidação do contrato de *swap*, que ocorreu após ter decorrido um determinado período de tempo, pagou a remuneração da aplicação com base no CDI pré-pactuado.

Todas essas constatações constituem elementos de convicção suficientes para se concluir que a BB-DTVM, assim procedendo, viabilizou para o cliente remuneração dimensionada no momento da aplicação, que é a principal característica do ativo de renda fixa, para a qual a incidência do IOF teve a alíquota fixada em 0,38% para o período, valendo-se da simulação da realização de várias operações intermediárias, que, individualmente, estariam enquadradas na alíquota ZERO.

No caso em tela, de acordo com a documentação acostada aos autos, as operações de compra e venda de ouro, fls. 27/28, continham declaração da intenção de transferir a propriedade do ouro, porém, como ficou fartamente comprovado, nenhuma transferência de propriedade ocorreu no término de cada operação de venda a prazo, conjugada com recompra à vista. Ao contrário disto, como também foi robustamente demonstrado, a intenção verdadeira da BB-DTVM era a de fornecer a seus clientes a possibilidade de aplicações financeiras cuja remuneração ou retorno de capital estava adstrita à variação do CDI, ou seja, uma remuneração típica de ativo de renda fixa.

Não se tratou de enquadrar cada compra e venda na hipótese de incidência do IOF, e sim cada operação que incluiu três alienações do mesmo lote de ouro, no mesmo dia e pelo mesmo valor, retornando ao domínio do proprietário original e restando somente uma obrigação, que nesse momento era a de pagar determinada quantia certa, correspondente à variação do CDI, de uma das partes em relação a outra.

Estas operações constituíram, sem dúvida, ação dolosa da recorrente, capaz de ocultar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, concernente ao IOF incidente sobre as operações de aplicação financeira em renda fixa, enquadrando-se perfeitamente na definição de fraude tributária descrita no art. 72 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, *verbis*:

"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."

Conseqüentemente, a multa de ofício cabível é a do art. 44, II, da Lei nº 9.430/97, qualificada pelo evidente intuito de fraude, uma vez que restou comprovado que as operações estavam camufladas como se fossem de renda variável, quando na realidade eram de renda fixa, e foram constituídas de forma a ocultar, da autoridade tributária, a ocorrência do fato gerador do IOF com alíquota de 0,38%.

Foi precisamente a dificuldade de a Administração Tributária identificar o fato gerador nesses casos que levou o legislador a prever a sua penalização com a multa qualificada, sensivelmente maior do que aquela aplicada aos casos de falta de pagamento, exatamente para desestimular essa forma de evasão fiscal.

A jurisprudência do Conselho de Contribuintes é pacífica quanto ao cabimento da multa qualificada diante da configuração de simulação, como comprovam as seguintes ementas:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília-DF, em 6/10/2006

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 19740.000672/2003-31
Recurso nº : 127.396
Acórdão nº : 202-17.274

Cleuzia Takafuji
Secretaria da Segunda Câmara

[...] MULTA QUALIFICADA. FRAUDE TRIBUTÁRIA. SIMULAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE TÍTULOS. DISSIMULAÇÃO DE OPERAÇÕES DE MÚTUO. INCIDÊNCIA DO IOF. A prática de operações compostas de compra a prazo e recompra à vista de títulos realizadas no mesmo dia, nas mesmas quantidades e pelo mesmo valor, com a finalidade de contornar vedação legal à concessão de financiamento a clientes, configura ação dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador do IOF. A realização habitual de operações simuladas cujo único objetivo é impedir a ocorrência do fato gerador do IOF constitui evidente intuito de fraude. [...].” Acórdão nº 204-00.084, de 17/05/2005).

“CUSTOS INDEDUTÍVEIS - SIMULAÇÃO DE OPERAÇÕES - Reputam-se indedutíveis os custos não efetivamente arcados pelo contribuinte, sujeitando-se ele ao procedimento do lançamento de ofício com a multa agravada pela prática simulatória de redução artificial do lucro operacional.” (Acórdão nº 103-20.134, de 09/11/1999).

“(...) PENALIDADE - MULTA AGRAVADA - Aplica-se, no lançamento de ofício, a multa de 150% sobre a totalidade do imposto de renda e contribuições devidos nos casos de evidente intuito de fraude, enquadrando-se na tipificação a ocorrência de simulação de participação societária a fim de ocultar do Fisco a verdadeira identidade do titular da empresa autuada e a apresentação de declaração de rendimentos sem movimento, mesmo e só após intimação fiscal, quando então já se apurava a efetiva movimentação de recursos no período objeto da mesma declaração, que deixa inconteste a prestação de falsa informação. (...)” (Acórdão nº 105-13.069, de 26/01/2000).

Ante todo o exposto, restando evidenciado que o presente caso em momento algum teve traços de planejamento tributário (elisão), prática esta permitida em lei, **nego provimento ao recurso**, mantendo, inclusive, a multa qualificada de 150%.

Sala das Sessões, em 23 de agosto de 2006.

ANTONIO ZOMER