

REALIZAÇÃO DE CRÉDITOS DO CONTRIBUINTE CONTRA A UNIÃO POR MEIO DA ATRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO DE IR-FONTE – AQUISIÇÃO DE CDB.

Igor Mauler Santiago^{*}
Valter Lobato^{**}

1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA.

Trata-se de perquirir sobre a validade e a oponibilidade ao Fisco de operação financeira assim estruturada:

- uma empresa (doravante denominada “empresa”), por força de decisão judicial transitada em julgado, detém créditos contra a União que podem ser compensados com débitos de imposto de renda;
- para precipitar o aproveitamento desses créditos, adquire junto a investidor indicado por instituição financeira (doravante designado como “investidor original”) CDB por esta emitido;
- para pagar o preço convencionado, contrai empréstimo junto à própria instituição financeira, dando o CDB adquirido como garantia;
- ao entregar o valor devido ao investidor original, atrai para si a responsabilidade pela retenção e pela quitação do IR-fonte incidente sobre os rendimentos por este auferidos até a data da transferência do CDB;
- em vez de pagar o IR-fonte de que passou a ser devedora, compensa-o com os créditos que detém contra a União;
- no vencimento do CDB, resgata o respectivo valor, sofrendo retenção de IR-fonte, por parte da instituição financeira, somente quanto aos rendimentos creditados após a aquisição do título;
- ato contínuo, liquida o mútuo contratado com o banco.

Tal operação, inteiramente concebida e controlada pela instituição financeira envolvida, constitui *produto* atualmente oferecido pelo segmento aos contribuintes interessados.

De notar que a pretensão à validade do esquema comercial em tela pressupõe o reconhecimento das incidências de IOF e CPMF onde cabíveis.

2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.

Antes de mais nada, cumpre revelar o móvel da operação descrita, que não se enquadra no conceito rigoroso de planejamento tributário.

Com efeito, não se cogita de redução da carga tributária incidente sobre a operação financeira em causa. Todo o imposto que seria suportado pelo investidor original quando do resgate do CDB acabará por tornar-se devido à União: a maior parte a cargo da empresa, quando da aquisição do certificado (presumivelmente realizada em momento próximo ao seu vencimento); o resto a cargo do banco, quando do resgate daquele¹.

^{*} Mestre e Doutor em Direito Tributário da UFMG. Professor Adjunto de Direito Tributário da UFMG. Advogado.

^{**} Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Professor do Curso de Especialização em Direito Tributário das Faculdades Milton Campos. Advogado.

¹ A bem dizer, a parcela de imposto atribuída à responsabilidade da empresa (retenção na fonte) corresponde a fato gerador realizado pelo investidor original, e a parcela a ser paga pelo

Mais do que isso, o negócio leva mesmo ao pagamento de tributos que doutro modo não seriam devidos, como a CPMF e o IOF sobre as diversas operações financeiras em que se desdobra.

Em suma, não há economia, mas aumento, de imposto.

A finalidade é outra: permitir a realização mais rápida de créditos tributários que a empresa detém contra a União, atraindo para aquela a responsabilidade pelo pagamento (*rectius*, pela quitação, que se dará por meio de compensação) de tributos que em princípio não lhe competiria extinguir.

O *business purpose* é evidente para todas as partes envolvidas: o investidor original antecipa o resgate de sua aplicação, auferindo os juros até então incorridos (com dedução do IR-fonte, como é natural); o banco ganha no empréstimo que faz à empresa adquirente do CDB; e esta troca os créditos com que quita o IR-fonte sobre os rendimentos creditados ao detentor primitivo do certificado por igual montante em dinheiro, que recebe quando do resgate da aplicação (a qual, já tendo sido tributada nessa parte ao ensejo do pagamento ao investidor original, só sofrerá retenção quanto aos juros que se vencerem após a transferência de sua titularidade).

A nosso ver, a operação só seria impossível se houvesse norma jurídica proibindo, em matéria de CDB:

a) a transferência de sua titularidade, por razões óbvias;

b) o seu resgate, com remuneração, antes da data de vencimento. Caso existisse uma tal vedação, seria impossível enquadrar o valor pago pelo adquirente do CDB ao investidor original como rendimentos de aplicação financeira de renda fixa, condição de que depende a limitação da incidência de IR-fonte no momento do resgate aos juros creditados após a alienação.

Como nenhuma dessas duas proibições existe², estamos em que a operação é permitida, com o que antecipamos a nossa conclusão de que não há falar em crime de qualquer natureza, e nomeadamente em crime tributário, tema a que voltaremos no item 5 infra.

Analisemos, por ora:

banco (também após retenção na fonte) corresponde a fato gerador realizado pela empresa (rendimentos pagos entre a aquisição do CDB e o seu resgate).

² Vejam-se as informações que sobre o tema constam do site do Banco Central do Brasil:

“Certificado de Depósito Bancário - CDB e Recibo de Depósito Bancário - RDB

7. O que são CDB e RDB?

O CDB é um título de crédito, físico ou escritural e o RDB é um recibo. Ambos são emitidos pelos bancos comerciais e representativos de depósitos a prazo feitos pelo cliente. O CDB e o RDB geram a obrigação de o banco pagar ao aplicador, ao final do prazo contratado, a remuneração prevista - que será sempre superior ao valor aplicado.

8. Qual o prazo mínimo para aplicação e resgate de CDBs e RDBs?

O prazo mínimo varia de 1 dia a 12 meses, dependendo do tipo de remuneração contratada.

9. Qual a principal diferença entre CDB e RDB?

O CDB, sendo um título, pode ser negociado por meio de transferência. O RDB é inegociável e intransferível.

10. Pode um CDB ou um RDB ser resgatado antes do prazo de vencimento?

Ambos podem ser resgatados antes do prazo contratado, desde que decorrido o prazo mínimo de aplicação. Antes do prazo mínimo não são abonados rendimentos.”

- a) se a responsabilidade pelo recolhimento do IR-fonte sobre os juros surdidos antes da transferência do CDB é mesmo da empresa adquirente; e
- b) se tal tributo, que nasce de fato gerador de terceiro, pode ser compensado com créditos que aquela detenha contra a União.

3. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO IR-FONTE NA AQUISIÇÃO DE CDB.

É indisputado o caráter de título de renda fixa do CDB. É conferir o pronunciamento da Receita Federal, pela sua 6ª Região Fiscal:

“Solução de Consulta nº 236, de 12 de julho de 2004.

Assunto: *Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF*

Ementa: *APLICAÇÕES DE RENDA FIXA Os rendimentos recebidos a título de diferença de correção monetária, juros compensatórios e juros moratórios, relativos a Certificado de Depósito Bancário - CDB, decorrentes de condenação judicial com trânsito em julgado na esfera judiciária estadual, estão sujeitos ao imposto de renda exclusivamente na fonte, à alíquota de vinte por cento, por constituírem rendimentos da pessoa física produzidos por aplicação financeira de renda fixa.”*

Reza a IN/SRF nº 25/2001, que “dispõe sobre o imposto de renda incidente nos rendimentos e ganhos líquidos auferidos em operações de renda fixa e de renda variável”.

“Seção II – Aplicação em Títulos e Valores Mobiliários de Renda Fixa

Art. 17. Os rendimentos produzidos por aplicações financeiras de renda fixa, auferidos por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte por cento.

§ 1º. A base de cálculo do imposto é constituída pela diferença positiva entre o valor da alienação, líquido do IOF, quando couber, e o valor da aplicação financeira.

§ 2º. Para fins de incidência do imposto de renda na fonte, a alienação compreende qualquer forma de transmissão da propriedade, bem assim a liquidação, o resgate, a cessão ou a repactuação do título ou aplicação.

(...)

Retenção do Imposto e Responsável

Art. 19. O imposto de que tratam os arts. 17 e 18 será retido no ato do:

I – pagamento ou crédito dos rendimentos, ou da alienação do título ou da aplicação, nas hipóteses do art. 17 e dos incisos I a IV do art. 18;

(...)

Parágrafo único. É responsável pela retenção do imposto:

I – a pessoa jurídica que efetuar o pagamento dos rendimentos;

(...)

IV – a instituição ou entidade que, embora não seja fonte pagadora original, faça o pagamento ou crédito dos rendimentos ao beneficiário final.”

Verifica-se nos arts. 17, §§ 1º e 2º, e 19 *caput*, que há incidência do IR-fonte sobre os rendimentos incorridos entre a aplicação e a *alienação* do CDB, conceito que inclui a sua transferência (embora não se esgote nela).

O parágrafo único do art. 19 indica o responsável por tal retenção. Seja do seu inciso I, seja de seu inciso IV, resulta claro que tal atribuição recai sobre o adquirente do investimento, por ser este a única pessoa que, quando da operação que engendra a incidência do imposto, realiza algum pagamento a quem quer que seja. Com efeito, o banco nesse momento nada paga (apenas anotando em seus registros a mutação subjetiva ocorrida). O mesmo se diga, por óbvio, do aplicador original, que antes recebe do que desembolsa.

Assim, se há dever de reter o IR-fonte, o seu destinatário só pode ser o adquirente do CDB, cujo pagamento caracteriza-se, nos termos do art. 19, parágrafo único, I e IV, da IN/SRF nº 25/2001, como *rendimento de aplicação financeira*.

Daí que essa incidência possa ser compensada pelo banco com o IR-fonte que deverá reter sobre a mesma aplicação quando de seu resgate final pelo adquirente. Daí que o banco, nesse momento, fique obrigado a recolher o IRRF apenas sobre os valores acrescidos após a transferência de titularidade.

4. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS DE IR-FONTE COM CRÉDITOS PRÓPRIOS.

A prática é pacificamente admitida pela própria Receita Federal, razão pela qual não dedicaremos ao tema mais do que algumas linhas.

A compensação tributária é hoje regida pela Lei nº 9.430/96, nos seguintes termos:

“Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

§ 1º. A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.

§ 2º. A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

§ 3º. Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º:

I – o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física;

II – os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação.

III – os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal que já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União;

IV – o débito consolidado em qualquer modalidade de parcelamento concedido pela Secretaria da Receita Federal – SRF;

V – o débito que já tenha sido objeto de compensação não homologada, ainda que a compensação se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa; e

VI – o valor objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento já indeferido pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal – SRF, ainda que o pedido se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa.

§ 4º Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.

§ 5º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

§ 6º A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados.

§ 7º Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados.

§ 8º Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7º, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9º.

§ 9º É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7º, apresentar manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação.

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes.

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação.

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses:

I – previstas no § 3º deste artigo;

II – em que o crédito:

a) seja de terceiros;

b) refira-se a "crédito-prêmio" instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969;

- c) refira-se a título público;
 - d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou
 - e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal – SRF.
- § 13. O disposto nos §§ 2º e 5º a 11 deste artigo não se aplica às hipóteses previstas no § 12 deste artigo.
- § 14. A Secretaria da Receita Federal – SRF disciplinará o disposto neste artigo, inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação.” (grifos nossos)

O § 12, II, a, supra-transcrito limita-se a vedar a compensação nas hipóteses em que o crédito a ser utilizado seja de terceiros. Da falta de vedação expressa já se depreende que o débito de IR-fonte, ainda que nascido de fato gerador praticado por terceiro, é considerado próprio para fins de compensação (com créditos também próprios).

A conclusão está em consonância com o art. 121, parágrafo único, do CTN, que define como sujeitos passivos tributários tanto o contribuinte – que paga tributo por fato gerador próprio – quanto o responsável, que paga em nome próprio tributo por fato gerador de terceiro. Neste segundo caso, a dívida é própria, ainda que o fato gerador seja alheio. É para superar essa dualidade que o responsável tributário – seja por substituição, seja por transferência – deve guardar relação com o fato gerador da obrigação por que responde, de modo a poder ressarcir-se economicamente contra a pessoa que em princípio deveria ter sido posta no pólo passivo da relação obrigacional (CTN, art. 128).

Esse, por fim, o posicionamento da própria Receita Federal, como se depreende do art. 26, § 9º, da Instrução Normativa nº 460/ 2004, *verbis*:

“Art. 26, § 9º. Consideram-se débitos próprios, para os fins do caput, os débitos por obrigação própria e os decorrentes de responsabilidade tributária.”

Quanto aos créditos com que será compensado esse débito próprio, devem-se ter em mente as limitações dos §§ 3º e 12 do art. 74 da Lei nº 9.430/96, as quais só podem ser afastadas por decisão judicial transitada em julgado.

5. INEXISTÊNCIA DE ELISÃO OU EVASÃO FISCAL, BEM COMO DE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

Os conceitos de elisão e evasão fiscal foram assim formulados por A. R. SAMPAIO DÓRIA³, em lição clássica:

“Conceitua-se a evasão ilícita como a ação⁴ consciente e voluntária do indivíduo tendente a, por meios ilícitos, eliminar, reduzir ou retardar o pagamento de tributo efetivamente devido.

³ *Elisão e Evasão Fiscal*. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 37-39.

⁴ Em nota de pé de página, admite o Autor que a evasão ilícita seja também decorrente de comportamento omissivo (sonegação fiscal).

Lícita a evasão concretizada na conduta individual preventiva tendendo a, por processos sempre lícitos, afastar, reduzir ou retardar a ocorrência do próprio fato gerador.

Na evasão ilícita, ou fraude em sentido genérico, atinge-se o resultado econômico colimado mas, a meio caminho de sua exteriorização efetiva ou após esta, o contribuinte se vale de artifício doloso para, distorcendo-a, produzir as conseqüências tributárias acima indicadas, afastando-se aquelas que, segundo a lei, tal realidade econômica, assim juridicamente vestida, deveria provocar.

Na evasão legítima, o stricto sensu, que melhor soaria como elisão ou economia fiscal, o agente visa a certo resultado econômico mas, para elidir ou minorar a obrigação fiscal que lhe está legalmente correlata, busca, por instrumentos sempre lícitos, outra forma de exteriorização daquele resultado dentro do feixe de alternativas que a lei lhe ofereça, prevendo não raro, para fenômenos econômicos substancialmente análogos, regimes tributários diferentes, desde que diferentes as roupagens jurídicas que os revestem.

Em síntese, tanto na fraude como na elisão, idênticos são as intenções e os fins. Diferem os meios e o momento de sua efetivação.”

Como visto, elisão e evasão equiparam-se na intenção do agente e no resultado final – exclusão, redução ou retardamento da quitação de tributo – diferenciando-se quanto aos meios empregados e ao momento da atuação do sujeito passivo tributário.

Tanto já basta para concluir-se que a operação analisada não se enquadra em qualquer das categorias, visto que não redundam em nenhum dos resultados que lhes são comuns, e antes acarreta aumento da carga tributária, fazendo nascer deveres tributários que não existiriam se não fosse realizada (a CPMF e o IOF sobre as várias operações financeiras que a instrumentalizam).

Pelo mesmo motivo, não se pode falar em crime tributário. É ver a redação da Lei nº 8.137/90:

“Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”
(grifos nossos)

A inaplicabilidade do art. 1º é clara, por não se materializar qualquer das condutas descritas em seus incisos, e nem o resultado previsto em seu *caput*. O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, do inciso I do art. 2º. Quanto ao seu inciso II, afastam-no os arts. 156, II, e 170 do CTN, que admitem que a compensação equivale ao pagamento como forma de extinção do crédito tributário, combinados com os arts. 121 do CTN, 74, *caput*, da Lei nº 9.430/96 e 26, § 9º, da IN/SRF nº 460/2004, que admitem a compensação no caso em tela. Por fim, são inaplicáveis por absoluta estraneidade à hipótese em estudo os incisos III a V do art. 2º da Lei nº 8.137/90.

6. INEXISTÊNCIA DE SIMULAÇÃO. Oponibilidade ao Fisco FEDERAL.

Na definição de ALBERTO XAVIER⁵, respaldada em FERRARA:

“A simulação é um caso de divergência entre a vontade (vontade real) e a declaração (vontade declarada), procedente de acordo entre o declarante e o declaratário e determinada pelo intuito de enganar terceiros.

Os seus elementos principais são, pois, (i) a intencionalidade da divergência entre a vontade e a declaração; (ii) o acordo simulatório (pactum simulationis); (iii) o intuito de enganar terceiros.”

⁵ *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 52-53.

Sabe-se que a simulação pode ser absoluta – mera aparência de um ato jurídico, quando na verdade não se pretende realizar ato nenhum – ou relativa – prática de um ato jurídico sob a aparência de outro, cujos efeitos são menos desfavoráveis.

A operação em causa não se subsume ao conceito de simulação, seja absoluta ou relativa. Ainda que movida pelo intuito de atrair a responsabilidade tributária (e não pelo de possuir aplicação junto à instituição promotora da operação), a empresa realmente adquire o CDB do investidor original, que a seu turno age movido pelo interesse de antecipar o recebimento de valores que só lhe seriam entregues no futuro.

A aplicação é verdadeiramente transferida do investidor original para o adquirente, com realização de todos os atos necessários para este fim e com a transferência para esta do risco de insolvência da instituição financeira.

Não existe, pois, divórcio entre a vontade real e a declarada, ainda que o adquirente se interessasse menos pelo resultado típico do que por um efeito colateral do negócio praticado⁶.

Na verdade, o esquema analisado é inteiramente lícito e constitui uma resposta das empresas à inaceitável demora dos entes públicos em lhes devolverem o que receberam sem merecer, devolução que fica condicionada ao árido caminho dos precatórios ou sujeita às múltiplas e duvidosas limitações – ora quantitativas, ora temporais – impostas à compensação tributária.

Trata-se de expediente para agilizar o aproveitamento de créditos detidos contra a União, sem qualquer prejuízo para esta, que cedo ou tarde teria de honrar o compromisso decorrente de condenação judicial transitada em julgado.

Registre-se, por fim, que a operação em tela há de ser respeitada pelo Fisco, não se lhe aplicando o art. 123 do CTN, segundo o qual:

“Art. 123. Salvo disposição de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a

⁶ Trata-se, pois, de negócio jurídico indireto, assim definido por ALBERTO XAVIER: “*Denomina-se negócio jurídico indireto o negócio jurídico que as partes celebram para através dele atingir fins diversos dos que representam a estrutura típica daquele esquema negocial. (...) A característica essencial do negócio jurídico indireto está na utilização de um negócio típico para realizar um fim distinto do que corresponde à sua causa-função objetiva: daí a referência dos autores ao seu caráter ‘indireto’ ou oblíquo, anômalo ou inusual. (...) O negócio jurídico indireto confina-se muitas vezes no puro terreno do Direito Privado, posto que a sua utilização é mais freqüentemente determinada pela realização de fins abrangidos por aquela zona do direito. Mas já ASCARELLI – a quem se deve uma das mais sólidas investigações no campo no negócio indireto – observava que ele podia assumir relevância no Direito Fiscal quando a realização indireta dos fins das partes é determinada pela intenção de evitar a aplicação do regime tributário mais oneroso, correspondente à direta realização daqueles mesmos fins. O resultado econômico ou empírico alcançado pelas partes é análogo ou praticamente equivalente ao que resultaria da adoção da forma negocial normalmente escolhida para o obter. Só que a eleição pelas partes da estrutura do negócio indireto permite obter esse resultado análogo ou equivalente, sem se submeter ao regime tributário aplicável ao negócio direto que economicamente lhe corresponde.” (Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva. São Paulo: Dialética, 2001, p. 59-60) Não é demais lembrar que no caso em tela não há redução, mas aumento, da carga tributária.*

definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.”

O que o dispositivo declara inoponíveis ao Fisco são os acordos que tenham por objeto específico a definição da sujeição passiva tributária, como fazem, *v.g.*, as cláusulas recorrentes nos contratos de aluguel de imóveis que atribuem ao inquilino o dever de pagar os tributos incidentes sobre o bem no curso da locação, ou as cláusulas inseridas nos contratos de aquisição de empresas por meio das quais uma das partes (o vendedor ou o comprador) se declara responsável por todos os tributos correspondentes aos fatos geradores ocorridos antes do negócio.

Em casos que tais, o Fisco dirigirá a cobrança contra a pessoa a que a lei atribua o dever de pagar, não valendo o contrato senão como título para futura ação regressiva entre os acordantes.

Diversa é a situação em análise. Ainda que a aquisição do CDB tenha por escopo principal a atração da responsabilidade pela retenção do IR-fonte sobre os respectivos rendimentos, o que se tem é alteração na situação da vida que a lei tributária toma por base para a definição da sujeição passiva (*i.e.*, a identidade da fonte pagadora dos rendimentos), e não convenção sobre o redirecionamento desta mesmo sem qualquer alteração naquela.

A alteração material da situação tributável, da qual resulta modificação na sujeição passiva, pode decorrer de convenções entre particulares, como se dá, entre tantos outros casos, na fusão, na transformação ou na incorporação de empresas (CTN, art. 132) ou na transferência de fundo de comércio (CTN, art. 133).

Tais contratos são evidentemente relevantes para fins tributários, passando ao largo do art. 123 do CTN.

7. CONCLUSÃO.

Ante o exposto, opinamos em tese pela regularidade da operação descrita na consulta, que deve ser acatada pelo Fisco, não expõe a empresa adquirente a passivos tributários e tampouco atrai responsabilidade criminal para os seus administradores.