



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

Sessão : 08 de dezembro de 1998

Recurso : 102.136

Recorrente : BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL
– BNDES

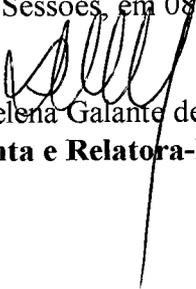
Recorrida : DRJ no Rio de Janeiro – RJ

IOF – Empresa Pública de direito privado, sujeita-se ao regime tributário das empresas privadas, § 1º do art. 173 da CF de 1988. Exigência fiscal, com base na Lei n.º 8.033, de 1990, é de ser mantida, não conseguindo o contribuinte, através do recurso pertinente, elidi-la. **Recurso voluntário a que se dá provimento parcial apenas para excluir do auto de infração a exação referente às debêntures, mantida a exigência fiscal referente aos fundos especiais.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **pelo voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso apenas para excluir do auto de infração a exação das debêntures, mantida a exigência fiscal referente aos fundos especiais.** Vencidos os Conselheiros Sérgio Gomes Velloso (Relator), Rogério Gustavo Dreyer, Valdemar Ludvig e Geber Moreira, que apresentou declaração de voto. Designada a Conselheira Luiza Helena Galante de Moraes para redigir o acórdão. Esteve presente o Dr. Henrique Neves da Silva, patrono da recorrente.

Sala das Sessões, em 08 de dezembro de 1998


Luiza Helena Galante de Moraes
Presidenta e Relatora-Designada

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Ana Neyle Olímpio Holanda e Serafim Fernandes Corrêa.

sbp/ovrs



Processo : 10305.000336/97-15

Acórdão : 201-72.316

Recurso : 102.136

Recorrente : BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL
– BNDES

RELATÓRIO

O Banco Nacional de Desenvolvimento Social – BNDES – foi autuado, na condição de contribuinte, por haver deixado de recolher o Imposto sobre Operações Financeiras – IOF, incidente sobre títulos e aplicações de renda fixa, introduzido pela Lei n.º 8.033/90. Os itens específicos em que se deteve a fiscalização são aplicações em operações compromissadas, títulos e valores representados no balancete da empresa pública pelas Contas n.ºs 1210000-8 e 1211000-4.

Trata-se, aqui, de recurso voluntário interposto a este Conselho pelo BNDES contra decisão de primeiro grau, na parte que lhe foi contrária.

No que concerne a essa parte do auto de infração de fls. o BNDES fora autuado por falta de recolhimento do IOF, instituído pela Lei n.º 8.033/90, na condição de contribuinte, relativamente a aplicações de recursos de FINSOCIAL, FAT e FMM, bem como relativamente a uma debênture de sua titularidade.

Consta às fls. 39, cópia de documento da contabilidade do BACEN, verificando-se, aí, que os recursos em causa (FMM, FINSOCIAL e FAT) estão no passivo, contas de código 4965020-8, 4965939-1 e 49565040-4.

Em defesa tempestiva, alegou, com referência a essa matéria, objeto do recurso voluntário ora em julgamento, que não era contribuinte do tributo em questão, uma vez que os recursos de FINSOCIAL, FMM e FAT não eram de sua titularidade, e sim, de propriedade da União. Daí que se tratavam normalmente de operações compromissadas, em que os recursos aplicados constavam no ativo com contrapartida em conta específica do passivo, de mesma natureza, porquanto os recursos pertenciam sempre a terceiros, exceção das debêntures, que eram de sua titularidade.

Assim, verifica-se que, no curso de toda a sua defesa, desde a impugnação inicial, de fls. 34, o BNDES nega que os recursos de fundos lhe pertençam e, assim, recusa a qualidade de contribuinte do imposto exigido em relação a eles, conforme se vê, *in litteris*:



Processo : 10305.000336/97-15

Acórdão : 201-72.316

“21. Não resta a menor dúvida, portanto, que, a partir desta incorporação, os recursos que compõem o FMM **são de propriedade do próprio Tesouro Nacional.**

22. Observe-se que, nos termos do artigo 3º do Decreto-lei nº 2.035/83, ao BNDES foi deferida tão somente, a função de **Agente Financeiro** do FMM, cabendo-lhe, nessa qualidade, promover a aplicação dos recursos deste Fundo (...)

24. Obviamente que, ao aplicar as disponibilidades financeiras do FMM em títulos públicos, o BNDES não age em nome próprio, mas na qualidade de **mandatário** da União Federal, **ficando, assim, definitivamente afastada a possibilidade de ser considerado contribuinte do IOF na questionada operação.**

...

27. Idêntica argumentação se impõe no tocante aos recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT e do Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, (...)

32. Considerando que o FAT apresenta as mesmas características do Fundo de Marinha Mercante, isto é, recursos da União que são apenas geridos pelo BNDES, deve-se, necessariamente, aplicar ao FAT o mesmo tratamento tributário acima explicitado para o FMM.”

(o destaque é nosso)

Quanto à debênture, reconheceu sua condição de contribuinte, mas apontou que a exigência de recolhimento do IOF, em março de 1990, é incorreta. Esclareceu que optou pelo pagamento integral, quando da ocorrência do fato gerador da obrigação, ocasião em que efetuou o recolhimento, conforme comprovantes que constam do Anexo IV.

A decisão de primeiro grau vem às fls. 85 e ostenta a seguinte ementa:

“ IOF – Empresa pública sujeita-se ao regime tributário das empresas privadas, conforme § 1º do art. 173, da CF/88. Inexistindo disposição expressa outorgando isenção ao fato gerador definido pela Lei nº 8.033/90 e existindo base de cálculo para sua aplicação, é de ser mantido o lançamento de ofício.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE”



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

A autoridade julgadora afirma, *in litteris*:

“... não há sentido na afirmação de que: ‘com relação aos fundos FMM, FAT e FINSOCIAL, o BNDES é administrador dos recursos da União Federal, não havendo, portanto, qualquer amparo legal para a cobrança do IOF, uma vez que fere o princípio basilar do direito tributário, segundo o qual o Poder Tributante que figurar como sujeito ativo da relação jurídica não pode ser sujeito passivo da mesma.’

Isto porque, após ter sido dado uma destinação aos recursos auferidos pela União, eles não lhe pertencem mais. É neste caso que estão inseridos os fundos acima (sic). Eles estão relacionados às atividades dos mutuários dos fundos. O BNDES não é administrador dos recursos da União como quer o impugnante, mas sim, administrador dos recursos do FMM, FAT e FINSOCIAL.”

(destaque não é do original)

Fundamenta-se, ainda, a autoridade em que “*estes fundos não são imunes a incidência do imposto*”, “*só não ocorreria a incidência se fossem isentos*” e não existe lei que defira tal isenção. Nesse sentido, invoca o subitem 3.1 da IN SRF nº 62/90, segundo o qual “*a incidência do imposto alcança qualquer operação independente da qualidade do beneficiário ou da forma jurídica de sua constituição.*”

Quanto à debênture, insiste o julgador de primeiro grau em que ela integra a base de cálculo do IOF de incidência única, definido na Lei n.º 8033/90, enquanto os DARFs de recolhimento constantes às fls. 41/43, referem-se ao IOF devido posteriormente, quando da transmissão, coisa diversa.

Ainda inconformado, o Banco recorre a este Conselho com as razões de fls. 94/102. Discorre, inicialmente, acerca da natureza dos fundos especiais, tal como definida na Lei n.º 4.320 e Decreto n.º 93.872, que transcreve, para concluir que, sem sombra de dúvida, esses fundos especiais são constituídos por recursos de titularidade do Tesouro Nacional, como bem demonstram sua inserção na Lei Orçamentária e a reiterada menção, nos dispositivos legais pertinentes, ao Tesouro como titular dos respectivos numerários. Diz ainda o recorrente:

“28. Por outro lado, carece, data vênia, de qualquer fundamento jurídico ou lógico a assertiva da decisão recorrida – que parece ser um dos pontos fundamentais a apoiar seu equivocado entendimento, segundo a qual, ao ingressarem no BNDES os recursos dos Fundos deixam os mesmos de pertencer à União, (...)”



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

Passa, então, a demonstrar a diferença entre uma captação comum e a administração de fundos públicos. Adiante, conclui que, também, não procede a tese fiscal que exige lei a isentar os Fundos questionados, ao argumento de que não cabe exigir lei isentiva se não existe o polo passivo na relação tributária, assim:

“41. Na verdade, a tese esposada desconhece o conceito de contribuinte tributário ou de sujeito passivo da obrigação tributária.

42. A teor do estabelecido no Código Tributário Nacional (art. 121), sujeito passivo da obrigação tributária é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária, sendo contribuinte aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador.”

Por fim, discorre acerca da inexistência de personalidade jurídica nos fundos questionados e cita Alfredo Augusto Becker no sentido de que é impossível o estabelecimento da obrigação tributária, quando o suposto sujeito passivo não ostenta personalidade jurídica, ou quando a mesma pessoa figure em ambos os pólos de uma única e mesma relação jurídica.

Quanto às debêntures, diz o Banco, em seu recurso, que a Lei n.º 8.033/90 instituiu a incidência do tributo na transmissão ou resgate de debêntures (inciso I do artigo 1º), destacando que, conforme disposto no inciso I do artigo 2º, esse diploma legal estabeleceu que o imposto somente incidiria sobre operações praticadas, enquanto que o inciso I do art. 5º define, como base de cálculo, nas hipóteses de que trata o inciso I do artigo 1º, é o valor transmitido ou resgatado.

Assim, reitera que agiu corretamente ao recolher o tributo quando da transmissão da debênture, fato já confirmado nos autos.

É o relatório.



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR SÉRGIO GOMES VELLOSO

Como deflui do relatado, o auto de infração, na parte relativa ao recurso voluntário em julgamento, qualifica o BACEN como contribuinte do IOF de incidência transitória de que cuidou a Lei n.º 8033/90, tanto no que concerne a uma debênture de propriedade do Banco, como em relação aos recursos de FINSOCIAL, FAT e FMM que constam de conta de seu passivo.

Está nos autos, comprovado, que o BACEN pagou o IOF sobre as debêntures de sua titularidade por ocasião da ocorrência do fato gerador da obrigação instituída pela Lei n.º 8033/90, não se valendo da alíquota favorecida de que podia se utilizar se optasse pelo pagamento antecipado.

Também está claro que a decisão recorrida reconhece haver sido pago o tributo pela transmissão da debênture em causa. Essa autoridade manteve a exigência, objeto do lançamento, argumentando que o artigo 1º, I, da Lei n.º 8.033/90 instituiu uma incidência sobre o ativo, que independe da incidência na transmissão.

A jurisprudência deste Colegiado é uníssona no sentido de que a Lei n.º 8.033/90, em seu artigo 1º, inciso I, instituiu incidência provisória do tributo sobre **transmissões e resgates** dos ativos possuídos em 16.03.98. O pagamento antecipado por alíquota favorecida era mera opção de que dispunha o contribuinte, não sendo exigível essa escolha.

Diz o artigo 1º da Lei n.º 8.033/90:

“ART. 1º – São instituídas as seguintes incidências do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários:

I – **transmissão ou resgate** de títulos a valores mobiliários, públicos e privados, inclusive de aplicações de curto prazo, tais como letras de câmbio, depósitos a prazo com ou sem emissão de certificado, letras imobiliárias, debêntures e cédulas hipotecárias.”

(destaque nosso)

Já o art. 2º, 3º, 5º e 6º da mesma lei, estipulam:

“ART. 2º – O imposto ora instituído terá as seguintes características:



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

I – somente incidirá sobre operações praticadas com ativos e aplicações, de cujo principal o contribuinte era titular em 16 de março de 1990;

(...)

§ 3º No caso das aplicações financeiras mencionadas no inciso I do art.1º, o imposto de que trata esta Lei não incidirá sobre os ativos das instituições financeiras aos quais corresponda operação passiva de idêntica natureza.”

“ART. 3º – A base de cálculo do imposto de que trata esta Lei é:

I – nas hipóteses de que trata o inciso I do art.1º, o valor transmitido ou resgatado; (...)”

“ART. 5º – A alíquota do imposto de que trata esta Lei é de:

I – 8% (oito por cento), nas hipóteses de que trata o inciso I do art.1º; (...)”

“ART. 6º – As alíquotas previstas nos incisos II, III e IV do artigo anterior serão reduzidas, respectivamente, para 15% (quinze por cento), para 8% (oito por cento), e para 8% (oito por cento), se o contribuinte, até 18 de maio de 1990, optar pelo pagamento antecipado do imposto previsto no artigo 1º, oportunidade em que lhe será concedido o parcelamento em 5 (cinco) prestações mensais, iguais e sucessivas, atualizadas pela variação do BTN Fiscal.

§ 1º A intenção do contribuinte em optar pela antecipação do imposto deverá ser indicada na declaração de que trata o art.4º. (...)”

O artigo 9º, citado na autuação, dispõe:

“ART. 9º – São contribuintes do imposto de que trata esta Lei:

I – o transmitente ou beneficiário do pagamento do resgate, nas hipóteses de que trata o inciso I do art.1º;

Parágrafo único. Nas hipóteses do Inciso I do art.1º, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto será da instituição financeira pagadora, exceto nos casos em que o beneficiário for outra instituição financeira, quando caberá a esta outra o recolhimento do tributo.”

(os grifos são nossos)



Processo : 10305.000336/97-15

Acórdão : 201-72.316

A matéria é bem conhecida por este Colegiado, não pairando dúvidas acerca do caráter meramente optativo do pagamento antecipado, com alíquota favorecida, sobre títulos possuídos em 16.03.90. Improcedente, pois, a exigência, no particular. Cito, ilustrativamente, os Acórdãos n^{os} 202-05305 e 201-68699, assim ementados:

“IOF – Opção pelo pagamento na DIOF (Lei n^o 8.033/90, art. 6^o) – É descabida a exigência da efetivação de uma opção legal, dado o seu caráter facultativo e, portanto, retratável. O tributo só é devido com a ocorrência do fato gerador. Recurso provido.”

(acórdão unânime 202-05.305, Relator Conselheiro Antônio Carlos Bueno Ribeiro)

“IOF – LEI n^o 8.033. Opção pelo pagamento antecipado com redução somente é válida quando efetuado o recolhimento do tributo. Impossibilidade de exigência, pelo Fisco, desse recolhimento, cuja falta somente implica na inaplicabilidade da redução. Recurso provido.”

(acórdão 201-68.699, unânime, Relatora Conselheira Selma Salomão Wolszczak)

Havendo sido reconhecidamente pago o tributo, quando da transmissão, resta evidente a improcedência do auto nesse particular.

No que diz respeito ao IOF exigido sobre as aplicações de recursos do FAT, FMM e FINSOCIAL, o Banco argumentou, exaustivamente, no sentido de que os recursos dos fundos em questão não eram de sua titularidade, razão porque não podia ser qualificado como contribuinte na relação jurídica.

O auto de infração qualifica o recorrente designadamente como contribuinte desse tributo e, ademais disso, a decisão recorrida sustenta essa qualificação, quando assinala que os recursos deixam de pertencer à União, quando transmitidos para o BNDES, seu administrador.

Ora, os recursos desses fundos constam de contas do passivo da instituição, como se vê às fls. 39. Por conseguinte, esses recursos não são de titularidade do BNDES, mas de terceiros. Mais que isso, observo que se trata de contas compromissadas e que se caracteriza nos autos a hipótese prevista no § 3^o do artigo 2^o da lei, já transcrito.

Em face do exposto, parece-me irrelevante discutir se os recursos pertencem à União, ou, aos próprios Fundos, que teriam personalidade jurídica própria, porquanto essa controvérsia não está abrangida no litígio versado nos autos.



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

A meu ver, a lei é claríssima ao definir a incidência do tributo transitório, fixando, com nitidez, a noção principal de titularidade dos ativos e aplicações.

E a titularidade desses valores, indubitavelmente, não é do BNDES, posto que às fls. 39, se vê a inscrição dessas contas no Passivo da instituição.

No caso presente, o auto de infração é taxativo ao qualificar o BNDES como contribuinte relativamente às aplicações dos recursos de FMM, FAT e FINSOCIAL e é inquestionável que o Banco não se reveste das características próprias a essa qualificação. Os valores apontados no auto têm contrapartida em operação passiva da mesma natureza, posto que os recursos pertencem a terceiros. Basta verificar as contas de passivo às fls. 39 para constatar essa situação.

Assim, se o IOF, instituído pela Lei n.º 8.033/90, incidiu sobre as aplicações desses recursos – o que aqui não cabe examinar – o BACEN seria, ao máximo, responsável pelo recolhimento do tributo, mas não poderia assumir o polo passivo na condição de contribuinte. Tendo em vista que, em nenhum momento, a Fazenda retificou o lançamento para exigí-lo do BNDES na qualidade de responsável, entendo que não cabe abordar essa matéria no julgamento do recurso voluntário, que ora se examina.

Assim, o lançamento, no caso, contém erro na identificação do contribuinte e é, por conseqüência, imprestável. Nesse sentido, a farta jurisprudência judicial é mesmo dos Conselhos de Contribuintes. Disso fazem exemplo os v. acórdãos, cuja ementa transcrevo a seguir.

“Fiscal – Nulidades – Erro na Identificação do sujeito passivo: O art. 142 do CTN determina que o lançamento deve identificar o sujeito passivo. (...) O erro na identificação do sujeito passivo torna nulo o lançamento. Por unanimidade de votos, declarar nulo o lançamento.”

(acórdão 107-01.873, DOU 4, de 7.1.97, p. 315)

“(...) Erro na identificação do Sujeito passivo. A (...) O lançamento efetuado contra a firma industrial alienante do estabelecimento comercial é nulo, por erro na identificação do sujeito passivo.”

(CSRF/01-0383)

“Normas Gerais de Direito Tributário. Sujeito Passivo. Lançamento de Ofício. Outros. Lançamento efetuado contra firma não integrante da relação tributária. Erro na identificação do sujeito passivo. Recurso provido.”

(Acórdão 201-61.277)



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

“IOF – Sujeito Passivo – Ilegalidade. IOF. Operações de câmbio. Nulidade. Erro na identificação do sujeito passivo.”

(Acórdãos 202-01.722, 202-01.729, 202-01.730, etc.)

Ademais, observo que as aplicações questionadas são exatamente operações compromissadas, sobre as quais não incidiu o tributo, na dicção do § 3º do artigo 2º da Lei n.º 8.033/90, que transcrevo novamente:

“ART. 2º – O imposto ora instituído terá as seguintes características:

I – somente incidirá sobre operações praticadas com ativos e aplicações, de cujo principal o contribuinte era titular em 16 de março de 1990;

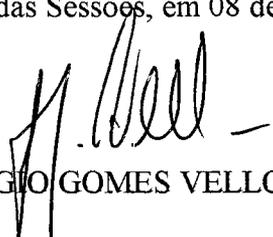
(...)

§ 3º No caso das aplicações financeiras mencionadas no inciso I do art.1, o imposto de que trata esta Lei não incidirá sobre os ativos das instituições financeiras aos quais corresponda operação passiva de idêntica natureza.”

Nessas condições, creio mesmo que a incidência em causa estava excluída pela lei.

Com essas considerações, voto no sentido de que o IOF, incidente sobre a debênture SIDERBRÁS, objeto do recurso voluntário, foi pago quando da ocorrência do fato gerador da obrigação, não sendo possível a manutenção da exigência constante do auto, que não encontra respaldo na lei. No que diz respeito à exigência do IOF, de que trata a Lei n.º 8.033/90, sobre as aplicações de recursos administrados pelo BACEN de FINSOCIAL, FAT e FMM, voto pelo provimento do recurso, por erro na identificação do contribuinte na relação tributária.

Sala das Sessões, em 08 de dezembro de 1998


SÉRGIO GOMES VELLOSO



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

**VOTO DA CONSELHEIRA LUIZA HELENA GALANTE DE MORAES
– RELATORA-DESIGNADA –**

A Suprema Corte deste país declarou a inconstitucionalidade, através de controle incidental, das incidências criadas pela Lei n.º 8.033, de 12 de março de 1990, em seus incisos II e III.

As decisões unânimes, conduzidas pelo voto do ilustre Ministro CARLOS VELOSO, traduzem a fala do Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se, exclusivamente, ao IOF, devido na operação de origem: CF, art. 153, § 5º.

Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal fazem referência ao magistério de Alberto Xavier em sua obra “Inconstitucionalidades das Novas Incidências do IOF em geral, e sobre o Ouro em especial”, Revista de Direito Tributário n.º 52, p. 97/109.

Compulsando tais ensinamentos, chega-se à conclusão que o inciso I do art. 1º da Lei n.º 8.033, de 1990, não foi abordado como inconstitucional. O ilustre mestre Alberto Xavier afirma, no documento citado, que “em relação a certos ativos financeiros a incidência dinâmica do IOF pode se reputar constitucional, e tal não sucede, especificamente no caso do ouro.”

Alguns tributaristas, do naipe de Paulo Barros Carvalho, Aires Barreto, Celso Ribeiro Bastos, Plínio José Marafon, e Sacha Calmon de Sá, comungam do entendimento que a incidência prevista no art. 1º, inciso I, da Lei n.º 8.033, está em harmonia com a definição do aspecto de ordem legal relativa ao IOF, constante do Código Tributário Nacional. Os art. 114, 116 e 117 do CTN definem o aspecto temporal da incidência do IOF. No tocante às operações referentes a títulos e valores mobiliários, está definido o momento da ocorrência do fato gerador, a emissão, a transmissão ou o resgate deles. É de se observar, todavia, a integração entre o diploma legal e a Lei n.º 5.572, de 1966 – CTN. Assim, afirmam estes doutrinadores, ao sublinhar o mandamento do parágrafo único do art. 63 do CTN, que determina a não incidência do IOF, com relação à emissão, ao pagamento ou ao resgate de título que represente a operação de crédito, no caso de o tributo já ter sido cobrado na entrega do montante relativo à transação ou respectiva colocação à disposição do interessado. A incidência do tributo referente à operação relativa a créditos exclui a incidência do tributo relativa à operação relativa a valores mobiliários.



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

O Conselho de Contribuintes não é o fórum competente para o exame de constitucionalidade de leis. Assim posto, cabe-me, então, a análise da presente lide sob o aspecto da legalidade, incito no Código Tributário Nacional, cujas normas foram consideradas consentâneas com o Sistema Constitucional Tributário vigente.

Considero importante para o exame da exação, posta ao crivo deste Colegiado, fazer um breve relato sobre a legislação do IOF:

O imposto foi instituído pela Lei n.º 5.143, de 20.10.66, cinco dias antes da expedição do CTN. Foram criadas duas hipóteses de incidência: operações de crédito e seguro. Em face disto, foi permitido ao CMN desdobrar novas hipóteses de incidência. Note-se que o imposto, em comento, só começou a vigorar em 1º de janeiro de 1967.

O CTN, em seu art. 63, definiu o tributo: imposto de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários. O inciso IV do referido artigo dispunha que, quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, o fato gerador era a emissão, transmissão, pagamento, ou resgate destes, na forma da lei. **Por sua vez, o art. 2º do Decreto-Lei n.º 1.783, de 18.04.80, ampliou o campo de incidência do tributo, criando as incidências referidas no CTN, então definidas pela Lei n.º 5.143/66, apenas nas incidências de operações de crédito e seguro. O art. 2º do Decreto-Lei n.º 1.783/80 definiu, como contribuintes do inciso IV, do CTN: os adquirentes de títulos e valores mobiliários; e o art. 3º, estabeleceu que os responsáveis pela cobrança e o recolhimento do tributo são as instituições financeiras autorizadas a operar na respectiva compra e venda.**

A CF/88 manteve o IOF entre os impostos privativos da União - art. 153, V.

A Lei n.º 8.033/90, de conversão da Medida Provisória n.º 160, de 15.03.90, republicada com as alterações da Medida Provisória n.º 171, alterou a legislação do IOF, instituindo incidências de caráter transitório sobre as hipóteses que menciona.

O art. 1º dessa lei instituiu incidência de tributo sobre “transmissão ou resgate de títulos e valores mobiliários, públicos e privados, inclusive de aplicações de curto prazo, tais como letras de câmbio, depósitos a prazo com ou sem emissão de certificados, letras mobiliárias, debêntures e cédulas hipotecárias.”

Por sua vez, a Medida Provisória n.º 195, de 30 de maio de 1990, estabeleceu que o IOF seria cobrado à alíquota máxima de 1,5% por dia de aplicação sobre o valor das operações relativas a títulos e valores mobiliários, limitado o imposto ao valor de rendimento da operação, devendo o Poder Executivo, em consonância com os objetivos de



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

política monetária, estabelecer alíquotas diferenciadas em função do prazo e da natureza da operação, excluídas do imposto as de aquisição de títulos e valores mobiliários pelas instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN – art. 5º, parágrafos 1º, 2º e 3º. A Medida Provisória n.º 195/90 foi sucessivamente reeditada pelas de n.ºs 200, de 27.03.90, 212, de 29.08.90 e 237, de 28.09.90, com alterações. A matéria foi objeto da Lei de Conversão n.º 8.088, de 31.10.90, cujo art. 18 e seus parágrafos contêm as disposições sobre o IOF, que constavam das Medidas Provisórias citadas. (*grifos nossos*)

O IOF foi instituído como imposto sobre determinados negócios. O produto de sua arrecadação era, nas disposições constitucionais anteriores, a formação de reservas monetárias, na forma que dispusesse a lei. A CF/88 nada dispôs a respeito.

Ressalte-se, por oportuno, que a base de cálculo do IOF, em se tratando de operações relativas a títulos e valores mobiliários, tem necessariamente, como base de cálculo, se for o caso de resgate ou cessão, o preço; na transmissão, o preço ou o valor nominal ou o valor de cotação em Bolsa; e na emissão, o valor nominal. Desta forma, é inoportuno trazer ao conhecimento deste Colegiado as disposições do Decreto n.º 99.374, de 1990 e a Portaria MF n.º 120, de 1991, que aprovaram novas tabelas de incidência, conforme o prazo de aplicação dos títulos mobiliários.

É merecedor de um exame mais profundo a hipótese de incidência sobre “**títulos e valores mobiliários.**” **Títulos são instrumentos que consubstanciam direito de crédito ou de participação em resultado de empresa, negociáveis no mercado, gozando de circularidade. Valores mobiliários abrangem títulos, mas também incluem outras formas de aplicação financeira, mútuos remunerados ou em participação de resultados de empresas.** (*grifo nosso*)

Conclui-se, segundo ARY OSVALDO FILHO, que valor mobiliário é o investimento oferecido ao público, sobre o qual o investidor não tem controle direto. Para ser considerado valor mobiliário, o papel necessita de requisitos próprios que lhe confirmam a possibilidade de mobilização em termos de negociabilidade e sua vinculação a uma empresa emitente. Título ou Valor é *necessariamente um documento, onde quem o emite, assume um compromisso unilateral, autônomo de cumprir o que nele se contém a seu encargo.*

A Lei n.º 4.595, de 31.12.64, é a lei que, nos dias atuais, disciplina o “Sistema Financeiro Constitucional”, em especial a atividade das instituições monetárias, bancárias e creditícias. Como tal, deve ser considerada Lei Complementar a que se refere o art. 192 da CF, de 1988.



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

Entretanto, foi a Lei n.º 4728, de 14 de julho de 1965, que balizou o mercado de capitais, estabelecendo medidas para o seu desenvolvimento.

Por sua vez, a Lei n.º 6.385, de 07 de dezembro de 1976, criou a CVM e as atribuições de fiscalização e regulamentação do mercado de valores mobiliários e viabilizou o fortalecimento deste. Assim, é de se concluir que a Lei n.º 4.595, de 1964 – Lei da Reforma Bancária – é responsável pela organicidade do atual Sistema Financeiro Nacional, em cuja cúpula encontramos o Conselho Monetário Nacional, que tem como órgão executor de sua política monetária e creditícia o Banco Central do Brasil e, a partir da Lei n.º 6.385, de 07.12.76, a Comissão de Valores Mobiliários como órgão executor da política de desenvolvimento do Mercado de Valores Mobiliários.

Passemos, então, à análise do Auto de Infração e seu enquadramento legal, descrito no relatório.

Na descrição dos fatos, registrou-se o seguinte, fls. 02 dos autos: falta de recolhimento do IOF sobre títulos e aplicações de renda fixa de sua propriedade e/ou realizadas pelo contribuinte, conforme balancete de 15.03.90 – COSIF, fls. 10 a 13 e próprio, fls. 14 a 17.

O atuado, BNDES, aceitou tal enquadramento, referente às aplicações dos Fundos PIS-PASEP, FPS e FND, insurgindo-se na peça impugnatória contra as exigências fiscais referentes às aplicações financeiras dos Fundos FINSOCIAL, FAT e FMM, por considerar tais recursos incorporados ao patrimônio da União. Insurge-se, também, contra a exigência fiscal relativa às debêntures, cujo pagamento do imposto, confessa ter recolhido em 1992. Peço a atenção dos senhores Conselheiros para frisar que, o atuado se sentiu contribuinte em relação às debêntures de sua propriedade e contribuinte responsável, como instituição financeira, pelo pagamento do imposto relativo às aplicações financeiras efetuadas com recursos dos fundos PIS-PASEP, FPS e FAS. É o próprio atuado, BNDES, que confessa a inexistência, no seu Plano de Demonstração de Contas, **da contrapartida da conta “Depósitos Interfinanceiros” para lastro do saldo de recursos “Aplicações em Operações Compromissadas”**. Ressalte-se que, se assim estivesse registrado, a autuação não teria se efetivado nos termos do § 3º do art. 2º da referida lei. Este argumento é esposado pelo atuado na peça impugnatória, mas abandonado nas razões de recurso. A argumentação da defesa calcava-se que, no caso de aplicações financeiras, o imposto não incidiria sobre os ativos das instituições financeiras, aos quais correspondesse operação passiva idêntica. O impugnado repisa que a não ausência da Conta DEPÓSITOS INTERFINANCEIROS para lastro do saldo de recursos da conta **APLICAÇÕES EM OPERAÇÕES COMPROMISSADAS**, devido a singularidade de seu Plano de Contas, foi o responsável pela autuação. *(grifo nosso)*



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

Não houve, nas peças **impugnatória** e **recursal**, qualquer manifestação do autuado quanto à sua identificação na condição de contribuinte ou responsável, referente à aplicação dos Fundos PIS-PASEP, FPS, FND e debêntures. As disposições do art. 9º e parágrafo único da Lei n.º 8.033/90 descrevem o contribuinte como o transmitente ou beneficiário, e determina a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto à instituição financeira. O recorrente apenas se insurge que os fundos FAT, FINSOCIAL e FMM, cujos recursos ocasionaram a manutenção da exigência fiscal, não tinham personalidade jurídica e que a União seria o sujeito ativo e passivo da relação jurídica.

A lei contempla o momento em que se considera realizado o fato imponible, que pode ser composto ou integrado por diversos elementos. A norma jurídica contém a descrição genérica de um fato, designando o sujeito passivo (contribuinte e responsável) às circunstâncias de modo e lugar e sua mensuração (base de cálculo). O sujeito ativo do IOF, tal como constitucionalmente estabelecido, é a União Federal. Realce-se a natureza extrafiscal da espécie, imposto sobre operações, destinada a funcionar, fundamentalmente, como instrumento de política monetária. O sujeito passivo foi tratado pelo art. 66 do CTN, no sentido de que o contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei. E a lei instituidora do tributo, Decreto-Lei n.º 1.783, de 1980, definiu como contribuintes os adquirentes de títulos e valores mobiliários.

O recorrente, no recurso, ao tentar se desqualificar como sujeito passivo, somente o fez em referência a esses FUNDOS ESPECIAIS FINSOCIAL, FAT e FMM. Cita o art. 121 do CTN, alegando que sujeito passivo da obrigação tributária é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária, sendo contribuinte aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador. Esqueceu-se, todavia, o recorrente que o CTN, art. 121, inciso II, identifica, também, o sujeito passivo da obrigação principal o responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. O parágrafo único do art. 9º da Lei n.º 8.033, ao determinar a responsabilidade pelo pagamento do imposto, na hipótese do inciso I do art. 1º, à instituição financeira, identifica o contribuinte responsável por disposição expressa de lei.

Convém trazer, nesta fase da análise da questão, o ensinamento de Alberto Xavier, na obra acima referida, “não se pode perder de vista que o art. 4º do CTN, com eficácia de lei complementar, precisamente com o objetivo de tomar irrelevantes os rótulos e denominações sofisticadas do legislador ordinário estabeleceu que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para justificá-las: I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei; e II – a destinação legal do provento da sua arrecadação.”



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

A assertiva da disposição do art. 4º do CTN está registrada na jurisprudência do STF, na fala do ilustre Ministro Moreira Alves, acompanhada por seus pares nos diversos recursos que lhe seguiram. A análise das características das Contribuições Especiais, no texto constitucional, estão, assim, definidas: contribuições parafiscais são as contribuições sociais e contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições corporativas, art. 149 da CF; contribuições sociais e de seguridade social estão elencadas nos art. 149 e 195 da CF. “Irrelevância do fato de a receita integrar o orçamento fiscal da União. O que importa é que se destinam ao financiamento da seguridade social.” RE n.º 138.284.

Convém ressaltar, em respeito ao conhecimento e brilho deste Colegiado, que os Fundos Especiais, trazidos pela transcrição dos dispositivos da Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, diploma legal portador das normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados e dos Municípios, art. 71, 72, 73 e 74 se referem aos FUNDOS DE PARTICIPAÇÃO DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS E DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS, assim como aos FUNDOS REGIONAIS E CONSTITUCIONAIS, de que trata o art. 25 da Constituição de 1969, incisos I e II. A aplicação destes fundos está prevista no Decreto-Lei n.º 835, de 08.09.69, alterado pela Lei n.º 6.536 de 16.06.78. Importante salientar o conceito de Fundos: os Fundos são representativos do somatório de recursos financeiros postos no orçamento para determinado fim. Constitui FUNDOS o produto de receitas próprias ou transferências de outras fontes, vinculadas à realização de determinados objetivos ou serviços de interesse público. Como verbas destinadas ao desenvolvimento de setores da economia, podemos citar as aplicações realizadas na área da SUDENE e SUDAM.

As disposições do Decreto n.º 93.872, de 22.12.86, que tratam dos Fundos Especiais de natureza contábil; e Fundos Especiais de natureza financeira, tratam, também, de Fundos de Participação de Estados e Municípios, cujas receitas tributárias estão definidas nos arts. 158, 159 e 212 da CF. Note-se que trata-se de Fundos Especiais com receitas de impostos. (*sublinhei*)

A lei orçamentária anual estabelece, no § 5º do art. 165 da CF de 1988, o **orçamento fiscal, o orçamento de investimento e o orçamento da seguridade social.**

O exame dos dispositivos constitucionais leva à conclusão que o BNDES, empresa pública federal de direito privado, está dentro do Orçamento de investimento da União, pois recebe recursos da União sob a forma de participação acionária, programados em perfeita consonância com as dotações previstas no orçamento fiscal, embora estabelecidos no orçamento de investimentos. Por sua vez, o orçamento de Seguridade Social contará com recursos das contribuições sociais a que se referem a Constituição, receitas próprias de órgãos, fundos e entidades que integram o referido orçamento e, ainda, das contribuições dos servidores públicos e



Processo : 10305.000336/97-15

Acórdão : 201-72.316

transferência de contribuição da União, fixada na lei orçamentária anual. A vedação do art. 167 da CF, referente à vinculação de receita, refere-se a impostos, refugindo deste mandamento as receitas tributárias não originárias de impostos, que é o caso das contribuições especiais aplicadas pelo BNDES.

Ao trazer as disposições da Lei n.º 4.320, de 1964, art. 71, 72, 73 e 74, esqueceu-se o recorrente de lembrar as disposições do art. 107 da mesma lei, que contraria, de maneira singular, os argumentos expendidos com base nestes dispositivos. O art. 107 da Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, dispõe que “as empresas com autonomia financeira e administrativa, cujo capital pertencer integralmente ao Poder Executivo, investidas de delegação para arrecadação de contribuições para fiscais, entidades autárquicas da União, dos Estados e dos Municípios, terão seus orçamentos aprovados por decreto do Poder Executivo, salvo se disposição legal expressa determinar que seja pelo Poder Legislativo.” O Decreto n.º 104/91, trazido pelo recorrente, é um exemplo do afirmado.

Assim, não há que se invocar tal diploma legal para embasar que os recursos dos FUNDOS PIS-PASEP, FND, PSP, FINSOCIAL, FAT e FMM constituem recursos da União e são repassados ao BNDES para gestão em nome da União ou para agenciá-los como delegatário. Ao contrário, pela legislação pertinente: disposições do art. 165 e seus parágrafos da Constituição Federal, disposições do art. 107 da Lei n.º 4.320/64 e combinadas com as disposições do Decreto n.º 104, de 22.04.91, que aprovou o novo Estatuto Social da Empresa Pública BNDES, conclui-se que o recorrente tem orçamento próprio. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social não se insere na obrigação de contabilizar os recursos de tais fundos especiais por ser agente da União, mas sim porque as receitas oriundas da administração destes Fundos compõem seus recursos. Pelo disposto no § 2º, inciso III, do art. 8º do Decreto n.º 104, de 1991, as operações do BNDES observarão as limitações consignadas em seu orçamento global de recursos e dispêndios.

O art. 7º do Decreto n.º 104/91 define os recursos do BNDES:

“I – os de capital, resultantes da conversão, em espécie de bens e direitos;

II - as receitas operacionais e patrimoniais;

III - os oriundos de operações de crédito, assim entendidos os provenientes de empréstimos e financiamentos obtidos pela entidade;

IV - as doações de qualquer espécie;

V - as dotações que lhe forem consignadas no orçamento da União;



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

VI - a remuneração que lhe for devida pela aplicação de recursos originários de fundos especiais instituídos pelo poder público e destinados a financiar programas e projetos de desenvolvimento;

VII - os resultantes de prestação de serviços.”

No art. 8º do Decreto nº 104/91, está assim disposto:

“Art. 8º - O BNDES, diretamente ou por intermédio de empresas subsidiárias, agentes financeiros ou outras entidades, exercerá atividades bancárias e realizará operações financeiras de qualquer gênero, relacionadas com suas finalidades, competindo-lhe particularmente: *(sublinhei)*

I - financiar nos termos do art. 239, § 1º da Constituição, programas de desenvolvimento econômico, com os recursos do Programa de Integração Social - PIS, criado pela Lei Complementar n.º 7, de 7 de setembro de 1970, e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP, criado pela Lei Complementar n.º 8, de 3 de dezembro de 1970;

II - promover a aplicação de recursos vinculados ao Fundo de Participação PIS-PASEP, ao Fundo de Marinha Mercante - FMM e outros fundos especiais instituídos pelo Poder Público, em conformidade com as normas aplicáveis a cada um;

III - realizar na qualidade de Secretaria Executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento, as atividades operacionais e os serviços administrativos pertinentes aquela autarquia.

§ 1º - Nas operações de que trata este artigo e em sua contratação, o BNDES poderá atuar como agente da União, Estados e de Municípios, assim como de entidades autárquicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e organizações privadas.

§ 2º - As operações do BNDES observarão as limitações consignadas em seu orçamento global de recursos e dispêndios.”

O art. 9º assim também determina:

I -



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

IV – realizar, como entidade integrante do sistema financeiro nacional quaisquer outras operações no mercado financeiro ou de capitais, em conformidade com as Normas e diretrizes do Conselho Monetário Nacional.” (sublinhei)

Vejamos a legislação destes Fundos Especiais:

Pela legislação instituidora do Fundo de Marinha Mercante, atualmente Lei n.º 2.404, de 23.12.87, o agente financeiro do referido Fundo é o BNDES, art. 24.

O Fundo Nacional de Desenvolvimento, criado pelo DL n.º 2.288, de 23.07.86, se constitui pela conferência de ações de empresas controladas direta ou indiretamente pela União, de propriedade de entidades da Administração Federal. Por disposição do Decreto n.º 193, de 1991, os serviços da Secretaria Executiva do FND serão exercidos pelo BNDES, a quem cabe a gestão e administração do mesmo.

O FPS, criado pelo Decreto n.º 79.459, de 1977, tem como objetivo a aplicação de recursos na realização de investimento sob a forma de ações ou debêntures conversíveis, a fim de incentivar a participação de trabalhadores nas empresas controladas por capitais nacionais. O BNDES é o principal aplicador dos recursos do FPS.

O Fundo de Amparo ao Trabalhador foi criado pela Lei n.º 7.998, de 1990. A Lei n.º 8.019, de 11.04.90, dispôs, em seu art. 2º, que cabe ao BNDES a aplicação de 40% dos recursos do FAT. A Constituição de 1988, art. 239, § 1º, dispôs que dos recursos arrecadados pelos Fundos PIS-PASEP, pelo menos quarenta por cento destes recursos seriam destinados a financiar programas de desenvolvimento econômico, através do BNDES. Por sua vez, a Lei n.º 8.019, de 1990, determinou, em seu art. 11, que os recursos do PIS-PASEP repassados ao BNDES, ao amparo do art. 239, § 1º, da CF, constituirão direitos do FAT. Peço vênua para fazer o seguinte registro: os recursos do PIS-PASEP e do FAT são contabilizados da forma que dispõe o art. 2º da Lei n.º 8.019/90 e são arrecadados da mesma forma. Assim, o Tesouro Nacional repassará mensalmente recursos ao FAT, de acordo com a programação financeira para atender aos gastos efetivos deste Fundo com seguro-desemprego, abono salarial e programas de desenvolvimento econômico do BNDES, art. 6º da Lei n.º 8.019. Não vislumbro diferença na aplicação destes Fundos originários dos mesmos recursos. Se os recursos do FAT pertencem à União que repassa ao BNDES para aplicá-los, considero que a sistemática do PIS-PASEP deve ser a mesma.

O FINSOCIAL foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 1.940, de 1982, destinando os seus recursos a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno produtor. Ao BNDES, pelo art. 6º do diploma legal instituidor, cabia a administração do FINSOCIAL.



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

Pelo transcrito, forçoso é concluir que os Fundos administrados pelo BNDES, são fundos de recursos do Tesouro Nacional, cuja administração foi delegada ao BNDES. Para o exame da questão, posta ao crivo deste Colegiado, não importa a característica contábil ou financeira de cada fundo. Constitui Fundo o produto de receitas especificadas que, na lei, vinculam à realização de determinados objetivos e serviços. O que importa, realmente, é que o BNDES, como instituição financeira, exerce atividade bancária e, como tal, aplica recursos destes Fundos.

Com estas premissas, cumpre-me ressaltar que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social é o principal instrumento de execução da política de investimentos do Governo Federal, nos termos que dispõe o art. 23 da Lei n.º 4.595, de 1964. É uma instituição financeira pública.

O BNDES, na execução de sua função de fomento e investimento, utiliza-se de fundos, além das inversões diretas que faz em setor industrial, agrícola, e serviços. É o principal agente do Governo Federal para financiamento a médio e longo prazo dos diversos setores da economia nacional. Em particular, o BNDES, por intermédio da BNDES Participações – BNDESPAR, sua subsidiária integral, fomenta o desenvolvimento do mercado de capitais.

São operações ativas das sociedades de crédito, financiamento e investimento – BNDES, realizar financiamentos de bens e serviços a pessoas jurídicas e físicas, realizar financiamentos de capital de giro a pessoas jurídicas, aplicações de recursos e depósitos interfinanceiros. Como operações passivas, destacam-se aceites em letras de câmbio, recebimento de depósitos acionistas, sem emissão de certificado, recursos de repasses dentro de programas específicos. Por fim, como operações especiais das referidas sociedades, subscrever, adquirir ou intermediar debêntures à subscrição pública, realizar operações compromissadas, credenciar agentes autônomos, realizar operações com títulos de renda fixa.

Assim exposto, considero o BNDES, instituição financeira, contribuinte do IOF, nos termos do inciso I do art. 1º da Lei n.º 8.033, de 1990. Os recursos dos fundos administrados pelo Banco são repassados por determinação orçamentária, constituindo tais recursos instrumento de política governamental a ser executada pela empresa pública de direito privado - BNDES. O BNDES, como instituição financeira, na aplicação de valores mobiliários, não estaria sujeito à incidência do IOF – art. 18 da Lei n.º 8.088/90. Entretanto, tal matéria não foi trazida pelo recorrente na impugnação e nas razões de recurso. Assim, a aplicação do efeito devolutório para acolhimento do pedido do recorrente deixa de ser instrumento útil do julgador. O conhecimento da matéria, trazida na impugnação, não elide a exação fiscal nos termos consignados no Auto de Infração. Assim sendo, Nego Provimento ao Recurso de Ofício pelos argumentos expendidos, mantendo a conclusão da decisão recorrida, sem extrapolar os limites da mesma. Nego provimento parcial ao recurso voluntário pelos mesmos argumentos. Acolho a exclusão da incidência das



Processo : 10305.000336/97-15

Acórdão : 201-72.316

debêntures em 16.03.90, pois era facultado ao autuado escolher o momento de oferecê-las à tributação.

É de ressaltar que, durante o desenrolar do processo, em que pese o brilho e a competência dos ilustres patronos da recorrente, o deslinde da questão passou despercebido. Por oportuno, registre-se que a matéria colocada no Auto de Infração é especificamente técnica. E a parte recorrente teria que elidi-la com argumentos referentes à matéria técnica, constante do Auto de Infração, e trazê-la como defesa, na fase processual adequada. Ressucitá-la, nesta fase, seria contrariar o direito adjetivo perseguido pelos que militam neste Colegiado

Postas estas considerações, considero preclusa a seguinte matéria passível de ser elidida pelo recorrente, na fase processual adequada. O disposto no art. 18 da Lei n.º 8.088, de 30 de outubro de 1990, contém as disposições do IOF, que foram reeditadas pelas Medidas Provisórias n.ºs 195, 200, 212 e 237. É esta a redação do art. 18 da citada norma legal:

“Art. 18 – O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Valores Mobiliários será cobrado à alíquota máxima de um e meio por cento ao dia, sobre o valor das operantes relativas a crédito e relativas a valores mobiliários, limitado o imposto ao valor dos encargos e do rendimento da operação.

§ 1º -

§ 2º - São excluídas da incidência do imposto de que trata este artigo as operações de aquisição de títulos e valores mobiliários realizadas pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.”

É de se registrar que o Banco Central do Brasil é a entidade encarregada para autorizar o funcionamento das instituições financeiras nacionais. O Banco Central do Brasil regulamenta um mercado de capital residual, em tese, mais amplo. Daí, afirmar-se, amparada na doutrina e jurisprudência que a Lei n.º 4.728/65, naquilo que diz respeito aos valores mobiliários, de competência do Banco Central do Brasil, está em pleno vigor e é eficaz.

É ainda de grande relevância frisar que é característico da instituição financeira a captação de recursos junto ao público, em geral, para investimentos financeiros, cujos resultados são atribuídos aos respectivos subscritores. O Poder Judiciário do nosso país entendeu que somente a conjugação dos três pressupostos: coleta, intermediação e aplicação poderá caracterizar a atividade principal da instituição financeira. É de se ter em mente que o termo “coleta” quer dizer recolher de terceiros. Para a análise deste caso, em exame, é importante registrar que os



Processo : 10305.000336/97-15

Acórdão : 201-72.316

recursos aplicados pelo BNDES, instituição financeira, eram de terceiros, ou seja, eram dos Fundos.

É de ressaltar que as disposições do art. 18, da Lei n.º 8.088/90, transcreveram o disposto na Resolução BACEN n.º 1.301/87, itens 4.4, 5.3 “c”, 4.4, 5.3 “b”, 4.4, 8.1 “i”.

Ressalve-se que o artigo 18 da Lei n.º 8.033/90 foi revogado pela Lei n.º 8.894, de 21 de junho de 1994, regulamentada pelo Decreto n.º 2.219, de 02 de maio de 1997.

O IOF foi objeto de intensa cobertura legislativa após março de 1990, com o advento do Plano Color. Os desvios do rumo correto do IOF chegaram a configurar, para a grande maioria dos juristas devotados ao estudo do direito tributário, claras hipóteses de inconstitucionalidade, com de incidência sobre o OURO, ATIVO FINANCEIRO, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, neste ano de 1998.

Desta forma, a matéria elencada na impugnação trazida nas razões de recurso conduzem-me a não prover o recurso de ofício e prover parcialmente o recurso voluntário, considerando como legal o pagamento efetuado à exação relativa às debêntures e mantendo a exação quanto aos fundos.

É como voto.

Sala das Sessões, em 08 de dezembro de 1998


LUIZA HELENA GALANTE DE MORAES



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO GEBER MOREIRA

Foi o BNDES intimado a recolher ao Erário quantia equivalente a 95.379.666,94 UFIR, que seria devida a título de IOF, instituído pela Lei n.º 8.033/90 (18.465.822,61 UFIR), juros de mora (69.527.515,29 UFIR) e Multa Proporcional (7.386.329,04 UFIR).

A aludida autuação foi realizada sob o fundamento de que o IMPUGNANTE não teria satisfeito, no prazo legal, a obrigação tributária relativa ao IOF instituído pela Lei n.º 8.033, incidente sobre os títulos e aplicações de renda fixa de propriedade e/ou realizadas pelo BNDES, em 16 de março de 1990.

Segundo o entendimento da Auditoria da DRF no Rio de Janeiro, a constituição do crédito tributário teria como embasamento legal os artigos 1º, inc. I; 5º, inc. I e 9º, parágrafo único, da retrocitada Lei n.º 8.033, de 12.04.90, combinado com o disposto na Instrução Normativa DRF/BACEN n.º 65 e na Circular BACEN n.º 1.695, ambas de 25.04.90.

Isto posto, a Lei n.º 4.320, de 17.03.64, que “estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”, dispõe, em seus artigos 71 e seguintes, sobre os Fundos Especiais, *verbis*:

Art. 71 – Constituí fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Art. 72 – A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais.

Art. 73 – Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.

Art. 74 – A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem, de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.”



Processo : 10305.000336/97-15

Acórdão : 201-72.316

O Decreto n.º 93.872, de 23.12.86, por sua vez, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, em sua seção IX, art. 71, trata dos Fundos Especiais, *verbis*:

“Art. 71 – Constitui Fundo Especial de natureza contábil ou financeira, para fins deste decreto, a modalidade de gestão de parcela de recursos do Tesouro Nacional, vinculados por lei à realização de determinados objetivos de política econômica, social ou administrativa do Governo.

§ 1º - São Fundos Especiais de natureza contábil os constituídos por disponibilidades financeiras evidenciadas em registros contábeis destinados a atender a saques a serem efetuados diretamente contra a caixa do Tesouro Nacional.

§ 2º - São Fundos Especiais de natureza financeira os constituídos mediante movimentação de recursos de caixa do Tesouro Nacional para depósitos em estabelecimentos oficiais de crédito, segundo cronograma aprovado, destinados a atender aos saques previstos em programação específica.”

O artigo 72 do mesmo diploma regulamentar estabelece:

“Art. 72 – A aplicação de receitas vinculadas a fundos especiais far-se-á de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em crédito adicional (Lei n.º 4.320/64, art. 72).”

O artigo 78 do mencionado Decreto dispõe:

“Art. 78 – A contabilização dos fundos especiais geridos na área da administração direta será feita pelo órgão de contabilidade do Sistema de Controle Interno, onde ficarão arquivados os respectivos documentos para fins de acompanhamento e fiscalização.

Parágrafo único – Quando a gestão do fundo for atribuída a estabelecimento oficial de crédito, a este caberá sua contabilização e remeter os respectivos balanços acompanhados de demonstrações financeiras à Secretaria de Controle Interno, ou órgão de atribuições equivalentes, para fins de supervisão ministerial.”

Caracterizado, pois, a meu ver, à vista dos preceitos acima transcritos, que esses Fundos Especiais são constituídos por recursos do Tesouro Nacional.



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

Nesse sentido, a legislação acima reproduzida é absolutamente clara ao determinar:

- a) A titularidade dos mesmos pertence ao Tesouro Nacional, consoante expressamente referido nos artigos 71 da Lei n.º 4.320/64 e do Decreto n.º 93.872/86;
- b) as correspondentes receitas, porquanto pertencentes ao Tesouro Nacional, têm necessariamente que estar consignadas no Orçamento Geral da União; e
- c) os Fundos sujeitam-se à fiscalização do Tribunal de Contas da União, distinta da fiscalização do Órgão Público que administre seus ativos.

O Fundo da Marinha Mercante - FMM, o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT e o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL são espécies desse gênero, como bem demonstram as respectivas legislações aplicáveis.

Com referência ao Fundo da Marinha Mercante, foi ele instituído pela Lei n.º 3.381, de 24.05.58, cuja regulamentação está, atualmente, sob a égide do Decreto-Lei n.º 2.404, de 23.12.87, classifica-se como um fundo de natureza contábil, destinado a prover recursos para o desenvolvimento da Marinha Mercante Brasileira.

Com a promulgação do Decreto-Lei n.º 2.035, de 21.06.83, alterado pelo Decreto-Lei n.º 2.055, de 17.08.88, a administração do Fundo da Marinha Mercante – FMM – que, até então, era cometida à SUNAMAM – autarquia federal extinta por força deste mesmo ato legal – passou a ser exercida pelo Ministério dos Transportes, por intermédio do Conselho Diretor do FMM. Tendo sido o FMM integrado ao patrimônio da União Federal que assumiu, por sucessão, todos os direitos e obrigações da extinta autarquia, tanto os negócios jurídicos realizados durante a gestão da SUNAMAM, como também as colaborações financeiras concedidas com recursos do FMM, na vigência da aludida legislação, configuram operações de responsabilidade da própria União Federal.

Em conformidade com o artigo 3º do Decreto-Lei n.º 2.035/83, ao BNDES foi deferida, tão somente, a função de Agente Financeiro do FMM, cabendo-lhe, nessa qualidade, promover a aplicação dos recursos do FMM, segundo as diretrizes emanadas do Conselho Diretor do FMM, do Ministério dos Transportes e do Conselho Monetário Nacional, sendo certo que o Decreto-Lei n.º 2.404/87 não alterou, neste particular, os limites de atuação do BNDES, a quem continuou sendo atribuída, exclusivamente, a condição de Agente Financeiro do FMM.



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

No que concerne ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, cabe mencionar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 239, determinou que a arrecadação decorrente das contribuições ao Programa de Integração Social – PIS e ao Programa de Formação de Patrimônio do Servidor Público – PASEP passariam a financiar o seguro-desemprego e o abono salarial anual.

Prescreve, ainda, o § 1º do retrocitado artigo, que, daqueles recursos, 40% serão destinados a financiar programas de desenvolvimento, através do BNDES.

Pela Lei n.º 7.998, de 11.01.90, foi instituído o Fundo de Amparo ao Trabalhador, fundo contábil, de natureza financeira, vinculado ao Ministério do Trabalho, destinado ao custeio do Programa de seguro-desemprego, ao pagamento do abono salarial e ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico.

A Lei n.º 8.019, de 11.04.90, a qual alterou a legislação do FAT, estabelece, em seu art. 2º, que nos termos do disposto no § 1º do art. 239 da Constituição Federal, pelo menos 40% da arrecadação das contribuições de que se trata serão repassados ao BNDES, para a finalidade acima referida.

Diante, portanto, da função atribuída ao BNDES por expressa disposição legal, verifica-se que esse age na qualidade de agente financeiro do FAT, vinculado, como se vê, a Órgão da Estrutura da Administração Direta da União – o Ministério do Trabalho.

Por seu turno, o Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 1.940, de 25.05.82, com a finalidade de custear investimentos de caráter assistencial, habilitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

O referido Fundo tinha os seus recursos oriundos, dentre outros, de dotações orçamentárias da União e do produto da arrecadação da respectiva contribuição social. Segundo determinado no art. 6º daquele diploma legal, a administração daqueles recursos cabia ao BNDES.

Considerando que a receita gerada pela contribuição, a que se refere o Decreto-Lei n.º 1.940/82, integra o Orçamento da União, sendo classificada no item “Receita de Contribuições” – consoante discriminação do art. 11 da Lei n.º 4.320/64, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 1.939, de 20.05.82 – deve-se entender que os recursos transferidos ao BNDES, na qualidade de administrador do FINSOCIAL, constituem efetivamente dotações orçamentárias.

Vale lembrar que o FINSOCIAL foi extinto, em 01.04.92, pela Lei Complementar n.º 70, de 30.12.91, que instituiu a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.



Processo : 10305.000336/97-15

Acórdão : 201-72.316

Tais Fundos, dos quais o BNDES é Administrador ou Agente Financeiro, integram-se no conceito de Fundos Especiais e, por conseguinte, não se podem deixar de caracterizar como fundos públicos, constituídos de recursos pertencentes ao Tesouro Nacional, como bem demonstram sua inserção na Lei Orçamentária Federal e a reiterada menção, nos dispositivos legais pertinentes, ao Tesouro como titular dos respectivos numerários.

Não partilho, data vênua, do entendimento da decisão recorrida, de que ao ingressarem no BNDES os recursos dos Fundos, deixam os mesmos de pertencer à União.

É excusado salientar que o fenômeno da captação de numerário, por qualquer instituição financeira, pressupõe, necessariamente, dois requisitos essenciais: a intermediação do fluxo de moeda e o propósito lucrativo dessa intermediação, apropriando-se a instituição intermediadora, para a consecução do seu propósito mercantilista, do diferencial entre as rentabilidades das operações ativas que realiza e os encargos que assume na captação.

É notório que, no caso, inexistente o pressuposto de lucro na atividade do BNDES, que não se beneficia com os diferenciais de taxas nas duas pontas do processo; o BNDES, como Agente Financeiro ou gestor dos fundos em questão, remunera-se apenas de um **spread**, auferido a título de comissão pela aplicação dos valores nas colaborações financeiras concedidas, destinadas à implementação das finalidades prescritas em lei.

Se isso sucede nas operações que concretizam as finalidades legais, previstas na instituição dos Fundos – isto é, ausência de apropriação de diferencial de taxas, com remuneração adstrita a comissões pela administração e aplicação dos recursos em financiamentos – é absolutamente relevante lembrar que, na hipótese de aplicações financeiras de disponibilidades conjunturais de caixa, não há nenhuma remuneração do Banco, *SENDO OS RENDIMENTOS DE TAIS APLICAÇÕES REVERTIDOS INTEGRALMENTE AOS PRÓPRIOS FUNDOS*.

Aliás, o BNDES sequer escolhe os ativos em que efetuará ditas aplicações, as quais são determinadas pelo Conselho Monetário Nacional, por proposta do Ministro dos Transportes (art. 21 do Decreto-Lei n.º 2.404/87).

A imputação dos frutos das aplicações financeiras ao Fundo, ocorrida no caso do FMM, repete-se no que tange ao FAT, *ex vi* do parágrafo único do art. 9º da Lei n.º 8.019, de 11.04.90, renumerado pela Lei n.º 8.352, de 28.12.91, o qual determina a integral reversão ao Fundo dos rendimentos obtidos naquelas aplicações, com o que resta descaracterizada a figura da captação comum a que alude a decisão recorrida.



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

É certo, por outro lado, que os Fundos Especiais, definidos no artigo 71 da Lei n.º 4.320/64, em que se enquadram o FMM, o FAT e o FINSOCIAL, não têm o requisito indispensável da personalidade jurídica.

Como ensinam *J. TEIXEIRA MACHADO JUNIOR* e *HERALDO DE CASTRO REIS*, em “A Lei 4.320 Comentada”, IBAM, 1995, pg. 133:

“... o fundo especial não é entidade jurídica, órgão ou unidade orçamentária, ou ainda uma conta mantida na contabilidade, mas tão-somente um tipo de recurso ou conjunto de recursos vinculados ou alocados a uma área de responsabilidade para cumprimento de objetivos específicos, mediante a execução de programas com eles relacionados.”

Parece-me, assim, que os recursos dos Fundos, objeto do presente *RECURSO*, são de titularidade da União, esta sim ente jurídico, dotado de personalidade jurídica de direito público.

Ora, é cediço que não há possibilidade de sofrer a União a tributação do imposto sob comento, já que seria despropositado admitir-se a União tributar-se a si própria, dado que estariam reunidas em uma única pessoa de direito público as qualidades de sujeito ativo e sujeito passivo da obrigação tributária.

Veja-se, a propósito, a lição de *ALFREDO AUGUSTO BECKER*:

“b) sujeito ativo diferente do sujeito passivo. O mesmo órgão estatal que figurar como sujeito ativo da relação jurídica tributária não poderá ser o sujeito passivo desta relação. Esta impossibilidade não é apenas jurídica (decorrente da regra jurídica que determina a extinção do débito pela confissão numa única pessoa do credor e devedor) mas, em primeiro lugar, é uma impossibilidade lógica, pois é impossível que a mesma pessoa figure em ambos os pólos de uma única e mesma relação jurídica. É absolutamente impossível existir relação jurídica (ou relação de qualquer outra natureza) sem que existam dois seres distintos a fim de tornar-se possível a bilateralidade. A existência de um pólo diante de outro pólo em cujo intervalo (entre os quais) nasce a relação.” (“Teoria Geral do Direito Tributário” 2ª ed., Saraiva, 1972, pág. 254/55).

Quanto às debêntures que, em 15.03.90, eram de propriedade do BNDES, cumpre lembrar que a Lei n.º 8.033, de 12.04.90, que instituiu diversas hipóteses de incidência de IOF sobre operações praticadas com ativos e aplicações financeiras, de cujo principal o contribuinte era titular em 16.03.90, previsto no inciso I, do art. 1º, *verbis*:



Processo : 10305.000336/97-15
Acórdão : 201-72.316

“**TRANSMISSÃO** ou **RESGATE** de títulos e valores mobiliários, públicos e privados, inclusive de aplicações de curto prazo, tais como letras de câmbio, depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado, letras imobiliárias, debêntures e cédulas hipotecárias.
.....”

Pertinentes, também, à elucidação do assunto as disposições dos incisos I do art. 2º e do art. 5º, *in verbis*:

“Art. 2º - O imposto ora instituído terá as seguintes características:

I – somente incidirá sobre operações praticadas com ativos e aplicações, de cujo principal o Contribuinte era titular em 16 de março de 1990.
.....

Art. 5º - A base de cálculo do imposto de que trata esta lei é:

I – nas hipóteses de que trata o inciso I do art. 1º, o valor transmitido ou resgatado.
.....”

O exame dos dispositivos legais retrotranscritos deixam claro que somente haveria incidência do imposto se, e quando, praticadas as operações ali expressas, que são: **TRANSMISSÃO** ou **RESGATE**. Por isso que só haverá um “valor da operação”, que servirá de base de cálculo para apuração do imposto; se ocorrer a transmissão ou o resgate.

Ocorre que, no que diz respeito às debêntures de propriedade do BNDES, não houve, em 16.03.90, qualquer transmissão ou resgate, razão porque, na ausência do fato gerador do tributo em causa, não há se falar, conseqüentemente, em exigibilidade do mesmo, ao menos que se viesse a admitir que os atos normativos, nos quais a autoridade tributária pretendeu fundamentar a Ação Fiscal – Instruções Normativas DRF/BACEN nºs 65/90 e 67/90, Circular BACEN n.º 1.695/90 e Resolução de incidência do imposto não previstas na citada Lei.

Na verdade, os retrocitados atos normativos, que certamente tiveram por finalidade estabelecer regras para apuração da base de cálculo do imposto de que se trata, tinham por destinatários aquelas Instituições Financeiras que financiavam suas carteiras nas conhecidas operações de *overnight*. Somente nesta hipótese, havia transmissões diárias de títulos e aplicações de renda fixa, ocorrendo, por conseguinte, o fato gerador que justificava a incidência do aludido imposto.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

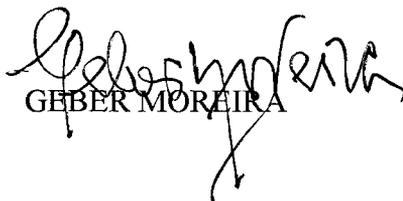
Processo : 10305.000336/97-15

Acórdão : 201-72.316

Em relação às debêntures de propriedade do BNDES, não ocorreu qualquer transmissão ou resgate naquele momento, tendo permanecido na carteira da Instituição, nos dias subsequentes a 15.03.90, sem solução de continuidade, conforme fazem certo os Anexos II, III e IV, de emissão também do Departamento de Contabilidade do Banco.

Por estas razões, dou provimento ao recurso, acompanhando o voto do eminente Relator, nas suas conclusões.

Sala das Sessões, em 08 de dezembro de 1998


GEBER MOREIRA



Processo : 10305.000336/97-15

Acórdão : 201-72.316

DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO SERAFIM FERNANDES CORRÊA

Concordo plenamente com o voto da Ilustre Conselheira Luiza Helena Galante de Moraes que de forma ampla abordou a questão do ponto de vista jurídico .

No aspecto contábil , entendo oportuno acrescentar que a alegação do recorrente de que as aplicações em operações compromissadas, os títulos de renda fixa e os depósitos a prazo que formam a base de cálculo no valor total de NCz\$48.746.671.537,70, conforme demonstrativo de fls. 31, decorrem de recursos do FINSOCIAL, do FAT e do FMN não se sustenta quando analisados os documentos de fls. 15/25.

Isto porque não está demonstrado, nem provado, no presente processo, qualquer vínculo entre as aplicações e os recursos dos citados Fundos.

Tais recursos não estão, por assim dizer, “carimbados”. Quando entraram no Caixa do recorrente juntaram-se aos demais recursos. E como o passivo do recorrente totaliza NCz\$868.462.341.893,82, equivalente a 17,81 vezes o valor aplicado, não há como o recorrente provar o que alega, ou seja, que os recursos aplicados são do FINSOCIAL, do FAT e do FMN.

Portanto, a alegação feita não restou provada. E nem, poderia, porquanto não há “carimbo” no dinheiro

Sendo assim, voto no sentido de negar provimento ao recurso, seja pelo aspecto contábil, seja pelo aspecto jurídico, constante do fundamentado voto da Ilustre Conselheira Presidente.

Sala das Sessões, em 08 de dezembro de 1998

SERAFIM FERNANDES CORRÊA