



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10380.730530/2016-88
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-005.350 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de outubro de 2018
Matéria IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF
Recorrente EXPRESSA SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2011, 2012

IOF. OPERAÇÃO DE CRÉDITO. CONTRATO DE CONTA CORRENTE. DISPONIBILIZAÇÃO DE RECURSOS.

A disponibilização de recursos aos pactuantes de contrato de conta corrente configura operação de crédito para fins de incidência do IOF, a qual possui aceção ampla dada pela lei, alcançando a colocação ou entrega de recursos à disposição de terceiros, como as decorrentes de registros ou lançamentos contábeis ou sem classificação específica.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2011, 2012

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade de atos regularmente editados.

MULTA. EFEITO CONFISCATÓRIO. EXAME NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

É defeso na esfera administrativa o exame de constitucionalidade de lei, bem como o da violação pelo ato normativo a princípios constitucionais, entre eles o da vedação ao confisco.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADA.

A multa de ofício será qualificada, no percentual de 150%, quando restar devidamente caracterizado em procedimento fiscal, o evidente intuito de fraude, nos termos da lei. .

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Winderley Morais Pereira Presidente

(assinado digitalmente)

Liziane Angelotti Meira - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques D Oliveira, Ari Vendramini, Salvador Candido Brandão Junior, Semiramis de Oliveira Duro, Valcir Gassen e Winderley Morais Pereira.

Relatório

Visando à elucidação do caso, adoto e cito o relatório do constante da decisão recorrida, Acórdão no 01-9.031 - 3.Turma da DRJ/BEL (fls 1711/1715):

A contribuinte acima identificada teve contra si lavrado o auto de infração - AI relativo ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF (Autos de Infração - AI às fls. 02 a 14) em decorrência da infração de Falta de Recolhimento do IOF, apurado nos anos-calendário 2011 e 2012, conforme Termo de Verificação e Constatação Fiscal anexo, parte integrante do Auto de Infração.

O procedimento de fiscalização está pormenorizado em Termo de Verificação e Constatação Fiscal, parte integrante do AI, às fls. às fls. 15 a 36, e também conforme Quadro Resumo do Demonstrativo de Apuração Mensal de IOF, Anexo I, parte integrante do citado Termo, de fls. 38 a 94.

O total do crédito tributário lançado e objeto deste processo é de R\$ 3.778.388,26, incluídos os juros moratórios e as multas

incidentes até a data de encerramento da ação fiscal (lavratura dos AI em 27/12/2016).

Os valores lançados no Auto de Infração, incluídos as multas e os juros moratórios incidentes até a data de encerramento da ação fiscal, referem-se a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário de 2011 e 2012, e constam do quadro a seguir.

Resumo – Valores Lançados nos Autos de Infração

TRIBUTOS	PRINCIPAL	MULTA OFÍCIO	JUROS	TOTAL
IOF	1.029.498,82	2.220.861,01	528.028,43	3.778.388,26

Do Termo de Verificação e Constatação Fiscal, às fls. 15 a 36, emitido pela autoridade lançadora, podemos extrair as seguintes informações, que demonstram, em essência, as ocorrências havidas na ação fiscal, relacionadas à(s) infração(ões) lançada(s):

A Auditoria transcreve um histórico cronológico de intimações, ofícios e respostas, para, em consonância com as apurações realizadas e relatadas, traçar as seguintes conclusões:

...

A — INFRAÇÕES

A.1. Falta de Recolhimento do Imposto Sobre Operações de Crédito:

Falta de recolhimento de IOF sobre operações de mútuo, tendo como mutuante a ora Autuada e como mutuários as pessoas físicas dos seus sócios e outras pessoas jurídicas. Os valores não recolhidos de IOF foram calculados a partir dos lançamentos contábeis extraídos do SPED ECD (Escrituração Contábil Digital) relativos aos anos-calendário de 2011, R\$ 521.729,84 e 2012, R\$ 507.768,98, totalizando R\$ 1.029.498,82, conforme Quadro Resumo do Demonstrativo de Apuração Mensal de IOF, Anexo I, parte integrante e inseparável do presente Termo.

...

A.1.1 Análise Prévia.

Nas DIPJ/2102(A/C 2.011) e DIPJ/2013(A/C 2.012), Fichas 36A — Ativo — Balanço Patrimonial, Linhas 19.Créditos com Pessoas Ligadas (Físicas/Jurídicas), estão informados, para o ano da declaração, os valores de R\$2.123.729,56 (2.011) e R\$2.113.638,11 (2.012), porém, não identificamos em nossos sistemas de arrecadação qualquer valor de recolhimento de IOF relativo a esses montantes de operações de crédito. Na análise das ECD(s), identificamos as seguintes contas, no grupo contábil Ativo não Circulante/Realizável a Longo Prazo, que compuseram os valores acima, conforme trechos dos balancetes abaixo:

Figura 01: Trecho Balancete período 01/01/2011 a 31/12/2011

Código	Conta	Tipo	Saldo Inicial	D/C	Total Débitos	Total Créditos	Saldo Final	D/C
1381	EMPRESTIMOS - EMPRESAS COLIGADAS	S	1.958.898,58	D	13.049.464,43	12.884.633,45	2.123.729,56	D
2650	Expressa Dist. de Medicamentos Ltda - DF	A	0,00		12.894.985,81	12.884.633,45	10.352,36	D
1421	Multimed Distrib. de Medicamentos Ltda	A	1.318.898,58	D	0,00	0,00	1.318.898,58	D
5006000036	Patrimonial RB	A	640.000,00	D	154.478,62	0,00	794.478,62	D

Figura 02: Trecho Balancete período 01/01/2012 a 31/12/2012

Código	Conta	Tipo	Saldo Inicial	D/C	Total Débitos	Total Créditos	Saldo Final	D/C
1381	EMPRESTIMOS - EMPRESAS COLIGADAS	S	2.123.729,56	D	63.511.555,02	63.521.627,40	2.113.657,18	D
2650	Expressa Dist. de Medicamentos Ltda - DF	A	10.352,36	D	63.511.275,04	63.521.627,40	0,00	
1421	Multimed Distrib. de Medicamentos Ltda	A	1.318.898,58	D	0,00	0,00	1.318.898,58	D
5006000036	Patrimonial RB	A	794.478,62	D	0,00	0,00	794.478,62	D
2592	Mult Express Medicamentos Especializados Ltd- BA	A	0,00		279,98	0,00	279,98	D

Ainda, na análise das ECD(s), anos-calendário 2.011 e 2.012, identificamos a conta 920-Outros Adiantamentos, do grupo contábil Ativo Circulante/Outros Adiantamentos, conforme trecho do balancete abaixo:

Figura 03: Trecho Balancete período 01/01/2011 a 31/12/2011

Código	Conta	Tipo	Saldo Inicial	D/C	Total Débitos	Total Créditos	Saldo Final	D/C
920	Outros Adiantamentos	A	12.998.663,87	D	8.433.742,26	22.623,94	21.409.782,19	D

Figura 04: Trecho Balancete período 01/01/2012 a 31/12/2012

Código	Conta	Tipo	Saldo Inicial	D/C	Total Débitos	Total Créditos	Saldo Final	D/C
920	Outros Adiantamentos	A	21.409.782,19	D	5.868.777,11	5.868.777,11	21.409.782,19	D

Tais "adiantamentos", com base em documentos e informações extraídas do processo de auto de infração anterior (PAF nº 10380.731434/2013-12) e, também, documentos e respostas apresentadas no curso da presente fiscalização, confirmaram-se como operações de mútuo, tendo como mutuante a própria Autuada e como mutuários, seus sócios, Sérgio Lins Lima Braga—CPF nº. 106.564565-15 e Silvia Maria Ribeiro Lima Braga - CPF nº. 074.107.435-49. Sobre essas operações, a Fiscalizada não efetuou o recolhimento dos valores de IOF devidos.

...

A seguir, caracterizaremos a infração, por meio da análise das respostas e documentos apresentados pela Autuada, em atendimento à termos de intimação lavrados no decorrer da fiscalização. O presente procedimento fiscal abrangeu outros tributos, o que resultou em autos de infração específicos, assim, por economia processual, os termos, respostas e documentos, anexados a este Termo são somente aqueles referentes a infração de IOF aqui apurada.

...

A.1.3. Do Lançamento:

A Autuada realizou operações de empréstimos, amparados por contratos de mútuo, onde a mesma consta como mutuante, e tendo como mutuários, seus sócios: Sérgio Lins Lima Braga, CPF nº. 106.564.565-15 e Silvia Maria Ribeiro Lima Braga,

portadora do CPF 110. 074.107.435-49. Os mútuos, de acordo com os contratos, eram de valor e prazo de pagamento indefinidos. Os mútuos foram registrados na contabilidade da conta da Autuada, por meio da conta 920-Outros Adiantamentos, que já acumulava saldo em 01/01/2011, e recebeu novos lançamentos de empréstimos, em datas e valores aleatórios, ao longo dos anos-calendário de 2.011 e 2.012.

A Autuada realizou, ainda, operações de empréstimos para as pessoas jurídicas, MULTIMED DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA, CNPJ nº 04.437.209/0001-78 e PATRIMONIAL RB S.A, CNPJ nº 07.054.452/0001-03. Tais empréstimos foram registrados nas contas contábeis 1421-Multimed Distrib. de Medicamentos Ltda e 5006000036-Patrimonial RB, respectivamente. A autuada declarou não ter celebrado contratos de mútuo dos empréstimos para as referidas pessoas jurídicas e que os mesmos eram concedidos na medida da necessidade das tomadoras por recursos financeiros, portanto, em datas e montantes indefinidos.

As operações de créditos praticadas pela Autuada foram estruturadas em regime de conta-corrente, ou seja, realizadas de maneira contínua e aleatória, à medida da necessidade dos mutuantes e da disponibilidade da mutuária. Dessa forma, ante dos fatos apurados, descritos e relatados neste Termo, foi realizada, por esta Fiscalização, a apuração dos montantes de IOF devidos pela Fiscalizada, na condição de responsável tributário, incidentes sobre os empréstimos realizados. Os valores de IOF devidos estão detalhados no Demonstrativo de Apuração Mensal de IOF, Anexo 1, parte integrante e inseparável do presente Termo, e resumidos no quadro abaixo.

Figura 11: Resumo do IOF Apurado

Ano	Mês	Multimed	Patrimonial	Multimed + Patrimonial	Sócios	
2011	jan	1.676,32	1.100,55	2.776,87	20.288,77	
	fev	1.514,10	985,99	2.500,09	19.140,34	
	mar	1.676,32	1.179,12	2.855,44	22.268,24	
	abr	1.622,25	977,21	2.599,46	36.276,18	
	mai	1.676,32	1.009,78	2.686,10	44.129,47	
	jun	1.622,25	977,21	2.599,46	45.510,92	
	jul	1.676,32	1.009,78	2.686,10	48.857,02	
	ago	1.676,32	1.009,78	2.686,10	50.078,45	
	set	1.622,25	977,21	2.599,46	50.170,88	
	out	1.676,32	1.009,78	2.686,10	53.116,15	
	nov	1.622,25	977,21	2.599,46	53.135,43	
	dez	1.676,32	1.009,78	2.686,10	46.797,25	
	Totais 2011		19.737,34	12.223,40	31.960,74	489.769,10
	Total Geral 2011					553.690,58
2012	jan	1.676,32	1.009,78	2.686,10	47.976,34	
	fev	1.568,17	944,64	2.512,81	46.106,93	
	mar	1.676,32	1.009,78	2.686,10	49.905,36	
	abr	1.622,25	977,21	2.599,46	49.123,30	
	mai	1.676,32	1.009,78	2.686,10	45.881,97	
	jun	1.622,25	977,21	2.599,46	31.151,60	
	jul	1.676,32	1.009,78	2.686,10	33.065,59	
	ago	1.676,32	1.009,78	2.686,10	34.143,88	
	set	1.622,25	977,21	2.599,46	32.816,56	
	out	1.676,32	1.009,78	2.686,10	35.472,23	
	nov	1.622,25	977,21	2.599,46	34.693,07	
	dez	1.676,32	1.009,78	2.686,10	35.718,80	
	Totais 2012		19.791,41	11.921,94	31.713,35	476.055,63
	Total Geral 2012					539.482,33
Totais						
Totais Gerais por conta		39.528,75	24.145,34	63.674,09	965.824,73	
Total Geral do Lançamento					1.093.172,91	

A.1.4. Da Qualificação e do Agravamento da Multa sobre as operações de mútuo com sócios:

A.1.4.1 Da Qualificação

Todo o trabalho de fiscalização, junto à Autuada, começou com procedimento de fiscalização na pessoa física de seu sócio Sérgio Lins Lima Braga, em 2.011, que, por sua vez, implicou na abertura de procedimento de fiscalização que antecedeu a este, resultando em auto de infração, PAF nº 10380.731434/2013-12.

Do referido PAF, extraímos a planilha abaixo, Figura 12, nela constatamos que os sócios, até 2.008, vinham recebendo consideráveis valores a título de distribuição de lucros. A partir de 2.009, a empresa apresentou sucessivos prejuízos, os sócios, toda via, mantiveram o padrão, por meio de alegados empréstimos junto à Fiscalizada, empréstimos estes, com base em contratos de mútuo, diga-se de passagem, não registrados e com cláusulas pra lá de generosas, como por exemplo, valor, o quanto os sócios precisassem, prazo de validade, indeterminado, forma de pagamento, com futuras e incertas distribuição de lucros, juros de qualquer tipo, nenhum.

Figura 12

DIPJ - EXPRESSA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA - CNPJ 05.598.984/0001-78						
	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Lucro/Prejuízo do Exercício	843.182,87	4.041.553,88	2.690.173,77	-527.278,62	-71.139,55	-1.338.257,85
DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL - SÉRGIO LINS LIMA BRAGA						
	ND 05/18.315.404	ND 05/19.185.359	ND 05/39.362.633	ND 05/35.270.622	ND 05/19.333.690	ND 05/18.904.180
	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Rendimentos Tributáveis	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	180.000,00
Lucros isentos	2.295.986,02	1.040.000,00	2.675.890,01	0,00	0,00	0,00
Dívidas e ônus	0,00	0,00	0,00	2.422.245,84	6.629.318,57	10.930.200,42
Valor sem acúmulo	0,00	0,00	0,00	2.422.245,84	4.207.072,73	4.300.881,85
DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL - SILVIA MARIA RIBEIRO LIMA BRAGA						
	ND 05/24.918.846	ND 05/26.068.571	ND 05/48.400.784	ND 05/36.320.943	ND 05/26.539.962	ND 05/26.107.651
	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Rendimentos Tributáveis	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	180.000,00
Lucros isentos	2.205.947,35	360.000,00	2.570.953,15	0,00	0,00	0,00
Dívidas e ônus	0,00	0,00	0,00	2.327.255,81	6.369.345,30	10.501.565,12
Valor sem acúmulo	0,00	0,00	0,00	2.327.255,81	4.042.089,49	4.132.219,82

Imaginemos um cenário, de fim dos tempos, onde permitíssemos que todas as empresas (na verdade, seus sócios), ao invés de pagar pró-labore (observar que a Autuada só passou a pagar pró-labore a partir de 2.011, ano em que foram instaurados os procedimentos fiscais, porém em valores pequenos, quando comparados aos empréstimos), e distribuir lucros (só quando lucro houvesse), resolvessem pagar todas as contas dos seus sócios, por meio de empréstimos baseados em contratos de mútuos sem registro e com as cláusulas de condições tão maternais e generosas, como diríamos popularmente, de pai pra filho, ou de sócio pra sócio (O Sr. Sérgio assina pela empresa o contrato de mútuo da Sra. Sílvia, que por sua vez, assina pela empresa o contrato do Sr. Sérgio). Tais empréstimos, sem prazo definido de pagamentos e sem garantias, depois de cinco anos, a cada ano seguinte, decairia o direito e a possibilidade de a Fazenda Nacional realizar lançamento de ofício sobre esses valores retirados da empresa pelos sócios - retiradas que poderiam ser enquadradas como pagamento sem causa, distribuição de lucros indevida, salários diretos ou indiretos.

Os sócios estavam recebendo/retirando valores da empresa, em montantes próximos das outroras distribuições de lucros, sem qualquer ônus de tributação para estes ou para a Fiscalizada.

Tudo ia muito bem e conveniente, para os sócios, não para a empresa, que sofria, pela mão dos próprios sócios, um processo de dilapidação, como comprovou a fiscalização anterior. Os procedimentos de fiscalização junto aos seus sócios e junto a própria Autuada, em 2.011, com consequentes autos de infração elevados, em instância de recursos administrativos de impugnação, como também a abertura de novos procedimentos de fiscalização obrigaram, certamente, diante desse cenário, em 2.014, o sócio Sérgio Lins Lima Braga, a buscar recursos com finalidade de quitar os empréstimos, seu e da outra sócia, de forma a dar às retiradas de valores da empresa revestimento de empréstimos.

A fiscalização apurou que tais empréstimos eram registrados na conta 920-Outros Adiantamentos, do Ativo Circulante, lugar bem estranho para se registrar empréstimos a sócios, ainda mais com as condições benevolentes estabelecidas nos contratos de mútuo. Os lançamentos estavam bem ocultos e disfarçados, examinando-se, isoladamente, a contabilidade da Autuada, pelo título da conta, Outros Adiantamentos, pela sua localização no plano de contas e pelo histórico dos lançamentos - jamais seria possível reconhecer a natureza de empréstimos a sócios das operações ali registradas.

...

No exame de suas DIPJ, anos-calendário 2.011 e 2.012, na tentativa de disfarçar tais operações em seus balanços, nas Ficha 36A — Ativo — Balanço Patrimonial, os valores relativos aos referidos empréstimos aos sócios estão ocultos, disfarçados, compondo, indevidamente, os valores das Linhas 13.Outras Contas, R\$22.017.173,43 (2.011) e R\$21.840.594,32 (2.012), quando deveriam, pela natureza das operações, terem sido informados na composição das Linhas 19.Créditos com Pessoas Ligadas (Físicas/Jurídicas), como estão as operações de crédito realizadas entre as empresas que a autuada denomina de "grupo".

...

A contabilização das operações de uma empresa deve indicar, com transparência, a natureza dessas operações. O fato do contribuinte não registrar as operações em contas apropriadas, realizar lançamentos atípicos, se utilizar de históricos que nem de longe dão pistas sobre a operação realizada, todo esse conjunto de ações, certamente, guarda uma intenção deliberada de ocultar, ou, pelo menos, disfarçar a natureza das operações.

É impressionante e incrível que a Autuada, ao longo do ano de 2.012, tenha conseguido emprestar aos sócios, por meio de mais de cento e setenta transações, em valores e datas aleatórios, exatamente o mesmo valor da distribuição de lucros, que só seria apurada no fechamento do exercício, e perfeitamente na proporção da participação dos mesmos no capital social da empresa, vejamos, 2.993.076,33 é exatamente 51% de 5.868.777,11, e 2.875.700,58 exatamente 49%.

Essa partição perfeita dos empréstimos aos sócios é, seguramente, fictícia. A falta de apresentação de documentos, devidamente intimados, que possibilitariam, a esta Fiscalização, comprovar que os empréstimos e a distribuição de lucros não foram nas proporções alegadas, é uma omissão, seguramente intencional, para se esquivar de autuações mais gravosas, como pagamento a beneficiário não identificado, ou distribuição indevida de lucros.

...

Esta Fiscalização acredita que o planejamento tributário abusivo, em gestação em 2012, era classificar os empréstimos como adiantamento de lucros, no entanto, as explicações dadas pela Fiscalizada quanto aos tipos de lançamentos registrados na referida conta, pagamentos de despesas e compras dos sócios e retiradas, em valores e datas aleatórios, nunca poderiam ser considerados, por esta Fiscalização, como antecipação de distribuição de lucros. A antecipação de distribuição de lucros depende de balancetes que comprovem a disponibilidade de lucros a serem antecipados em determinada data — ora, na DIPJ/2013 (AC 2012) original, apresentada 25/06/2013, a Autuada apura, em seus balancetes de suspensão, prejuízos em todos os meses do ano de 2012, o que implicaria que a mesma não poderia fazer qualquer adiantamento de lucros, nem tão pouco distribuir lucros em 3/12/2012. No entanto, apresenta uma retificadora em 22/02/2016, portanto, no curso da presente fiscalização, onde apura lucro contábil suficiente para fazer face ao lucro distribuído em 31/12/2012, em valores consonantes com a contabilidade, balanço e Lalur, motivo pelo qual não se autuou a Fiscalizada por distribuição de lucros indevido.

Deve ficar bem frisado que os esclarecimentos sobre as transferências de recursos para os sócios só foram possíveis mediante laboriosos e demorados procedimentos de diligência e fiscalização junto aos envolvidos. Fiscalização contra Silvia Maria Ribeiro Lima Braga (MPF de Fiscalização nº 06.1.85.00.2011.00065), contra Sérgio Lins Lima Braga (MPF de Fiscalização nº 06.1.85.00.2011.00066) e, é evidente, contra a própria Autuada (MPF de Diligência nº 06.1.85.00.2011.00124, MPF de Fiscalização nº 06.1.85.00.2016.0045, e o MPF da presente fiscalização nº 03.0.01.00.2015.00004-5).

...

A.1.4.2 Do Agravamento

O agravamento da multa se deu por terem sido considerados não atendidos os Termos abaixo relacionados, o que implicou em prejuízos ao procedimento fiscal.

...

A.1.4.3. Conclusão sobre a aplicação da Qualificação e do Agravamento.

Pelas razões aqui apresentadas, qualifico e agravo a multa de ofício, em 225%, sobre lançamento de ofício de IOF, referente as operações de mútuo, praticadas ao longo dos anos de 2.011 e 2.012, tendo como mutuante, a ora Autuada, e como mutuários, seus sócios, Sérgio Lins Lima Braga — CPF nº. 106.564565-15 e Sílvia Maria Ribeiro Lima Braga - CPF nº. 074.107.435-49, nos termos dos Artigos 957, Inciso II e 959, do Decreto nº 3.000/99 (RIR/99).

A ciência da Contribuinte, relativamente aos autos de infração, ocorreu de forma pessoal, no dia 27/12/2016, conforme consignado no "Termo de Ciência de Lançamentos e Encerramento Total do Procedimento Fiscal", anexo às fls. 1030/1031.

A Contribuinte apresenta impugnação em 25/01/2017 (vide Termo de Solicitação de Juntada, fls. 1034), anexa à fls. 1035 a 1092, firmada por sócio devidamente identificado. Em despacho de encaminhamento, às fls. 1101, a Unidade preparadora reconhece a tempestividade da impugnação da Contribuinte.

DA IMPUGNAÇÃO

Em sua peça impugnatória, a Contribuinte se defende da autuação, sendo essas, a seguir, em síntese, as suas razões comuns de defesa:

A Impugnante faz uma detalhada descrição dos fatos narrados no Termo de Verificação e Constatação Fiscal - TVF, transcrevendo os trechos do mesmo que a seu ver, em essência, descrevem as ocorrências havidas na ação fiscal, relacionadas às infrações lançadas. Como o Termo Fiscal em questão já foi objeto deste Relatório, conclui-se desnecessário trazer, novamente, a mesmas descrições já antes apontadas.

Na sequência, após mais de vinte folhas de transcrições do TVF, a Impugnante faz um histórico dos Termos emitidos pela Fiscalização e das respostas providenciadas pela Fiscalizada.

As Impugnantes começam, então, com as argumentações que representam suas razões de defesa, conforme cita-se a seguir:

a) Todos os Termos de Intimação, bem como o Termos de Diligência, foram respondidos tempestivamente, seja no prazo original ou dentro da concessão do novo prazo, tudo o que a fiscalização solicitava. O contribuinte, em momento algum, quis ou criou embaraço para fiscalização, ao contrário, atendeu até as demandas verbais da fiscalização.

a.1) Em 27/12/2016 a fiscalização é encerrada parcialmente, com a emissão de auto de infração sobre IOF, concluindo a fiscalização pela aplicação da qualificação e do agravamento da multa de ofício, em 225%, referente as operações de mútuo, praticadas ao longo dos anos de 2011 e 2012, tendo como mutuante, a ora Autuada, e como mutuários, seus sócios, Sérgio Lins Lima -Braga — CPF no 106.564.565-15 e Sílvia Maria

Ribeiro Lima Braga CPF 074.107.435- 49, nos termos dos Artigos 957, Inciso II e 959, do Decreto no 3.000/99 (RIR/99).

a.2) É de se indagar. Um contribuinte que atende até a solicitação não formal da fiscalização, tem interesse em criar embaraço a mesma?

DA FALTA DE RECOLHIMENTO DE IOF.

b) Cabe destacar que tanto a sociedade fiscalizada, bem como a MULTIMED DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA, (CNPJ no 04.437.209/0001-78), com sede na cidade de Belo Horizonte, são dos mesmos sócios, com as mesmas participação societária, isto é, Sérgio Lins Lima Braga (CPF no 106.564.565-15) com 51% e Silvia Maria Ribeiro Lima Braga (CPF 074.107.435-49) com 49% e Patrimonial R.B. S.A. (CNPJ 07.054.452/0001-03), com sede na cidade de Salvador, Estado da Bahia, é uma sociedade anônima, composta societariamente pelos filhos Sergio Lins Lima Braga, na seguinte proporção: Mariana Braga Aitiken, (CPF 016.780.705-64) - 25,00%; Matheus Ribeiro Lima Braga, (CPF 023.568.715-43) - 25,00%; Sérgio Lins Lima Braga Filho, (CPF 007.943.595-58) - 25,00%; Bernardo Chagas Lima Braga, (CPF 046.412.445-02) - 25,00% .

b.1) Pelo exposto acima, verifica-se que as empresas têm a mesma composição societária familiar entre pais e filhos, sendo empresas do mesmo grupo familiar, que operam em associação comercial estratégica, de forma evoluída de inter-relacionamento de sociedades, tendo praticamente a característica de: "sociedades de sociedades", visando a formação de grupo empresarial único, figura prevista no Capítulo XXI "Grupo de Sociedades", da Lei nº 6.404/76, (Lei das sociedades anônimas), não vedada a sua aplicação às sociedades limitadas, constituindo-se, em essência, em um grupo empresarial único, aí a essência sobrepondo-se a forma, tendo administração centralizada, caixa único, site único (www.expressa.com), combinando recursos e esforços para a realização dos seus objetivos, ainda que tenham patrimônios distintos.

b.2) Não se tratando, como quer fazer crer o Sr. Fiscal, de concessão de crédito (mútuos) a terceiros e sim transações entre empresas do mesmo grupo.

b.3) Quanto à questão da confissão de dívida em DCTF, (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais), o fiscalizado, não o fez, por que não se julga devedor deste tributo, (IOF), estando, entretanto, tudo está registrado em sua contabilidade e declarado no SPED, (Sistema Público de Escrituração Digital), instituído pelo Decreto nº 6.022/07, entendendo, assim, que não está configurada qualquer irregularidade fiscal.

Na sequência, traz trecho de julgamento do CARF, que ao tratar de Auto de Infração, conclui pela não incidência de IOF, no caso de conta corrente entre empresas ligadas, para continuar nos seguintes termos:

b.4) Assim, concluiu a Relatora que "não há empréstimo, uma vez que os valores constituem registros de transações entre empresas relacionadas, que possuem grande sinergia com relação às suas operações comerciais, acarretando na necessidade de escrituração de conta corrente para que fielmente sejam destacadas tais ocorrências, mas que em nada se enquadram nos elementos para a configuração do mútuo (artigo 586 e seguintes do Código Civil).".

b.5) Por fim, em declaração de voto, foram reforçadas as diferenças existentes entre a operação de conta corrente e o mútuo, destacando-se a necessidade de observância dos conceitos de Direito Privado na interpretação das hipóteses de incidência tributária, do que decorreu a conclusão pela impossibilidade da exigência do imposto no caso concreto.

b.6) Desta forma, o CARF decidiu pelo provimento parcial do Recurso Voluntário para cancelar a integralidade do IOF/Crédito lançado sobre os valores de conta corrente.

Traz, no mesmo sentido, o acórdão 3101001.094, 1a Câmara / 1a turma Ordinária, publicado em 04/07/13, Processo 11080.015070/200800; continuando com sua argumentação:

b.7) As transações entre a Autuada com Sérgio Lins Lima Braga e Silvia Maria Ribeiro Lima Braga, contabilizadas na conta 920-Outros Adiantamentos, seja como "PAGAMENTO PARA POSTERIOR PRESTAÇÃO DE CONTAS", RECURSO DE ADIANTAMENTO CONTRATO DE MUTUO, independente da rubrica sempre disseram respeito à distribuição de lucros. Ou seja, não havia e nem nunca houve planejamento tributário abusivo como o Ilustre Auditor Fiscal faz ilação no Termo, nem a intenção, como o mesmo especula, de ocultar os valores referentes aos sócios, ou ainda da intenção deliberada de ocultar ou de disfarçar a natureza das operações. Tudo está perfeitamente escriturado conforme transmitido à Receita Federal através da Escrituração Contábil Digital ([CD), por meio do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), além dos atos constitutivos e demais atendimentos às intimações.

b.8) Deve ser destacado que o fiscalizado não fez operação de mútuo entre as empresas do mesmo grupo e sim transferência de recursos em conta corrente para suprir necessidade operacional em cada sociedade, para financiar suas atividades, sem necessidade, de arcar com ônus dos juros bancários, que são exorbitantes, não havendo assim, incidência de IOF, por não se tratar de mútuo. Este mecanismo de transferência de recursos, via conta corrente, prescinde da necessidade de aporte de capital em cada sociedade, que requer procedimentos burocráticos de coligação e controle, via registro no órgão do comércio-. Os valores transitam pela conta corrente de cada empresa, tudo registrado na contabilidade e declarado no SPED, existindo pagamento e alteração do valor devido de forma rotineira. Existe um trânsito financeiro entre as partes, que alterna sistematicamente, a posição de credor e devedor, não existe

contrato, logo verifica-se a ausência de previsão para denúncia do contrato por qualquer das partes e da possibilidade do credor exigir integralmente o valor quando quiser.

Neste ponto, traz outro Acórdão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, em sessão de 25 de abril de 2012, no Processo nº 11080.015070/2008-00, julgando matéria de IOF - Mútuo entre Pessoas Jurídicas, o Acórdão nº 3101-001.094 - 1ª Câmara /1ª Turma Ordinária, para embasar a seguinte conclusão:

b.9) Com relação às transações entre a Autuada com Sérgio Lins Lima Braga e Silvia Maria Ribeiro Lima Braga, contabilizadas na conta 920-Outros Adiantamentos, seja como 'PAGAMENTO PARA POSTERIOR PRESTAÇÃO DE CONTAS', RECURSO DE ADIANTAMENTO CONTRATO DE MUTUO, voltamos a afirmar que independente da rubrica contábil sempre disseram respeito à distribuição de lucros. No caso, quando por motivo de prejuízos fiscais os saldos devedores não puderam ser absorvidos pelos lucros foram liquidados com empréstimos obtidos no exterior pelo sócio Sérgio Lins Lima Braga, conforme devidamente esclarecido e apresentado os documentos comprobatórios ao Auditor Fiscal, inclusive as declarações de imposto de renda das pessoas físicas dos sócios.

DA QUALIFICAÇÃO E DO AGRAVAMENTO DA MULTA.

c) Dentre os argumentos, para qualificar e agravar a multa de ofício, em 150%, o Sr. Fiscal alega que -a Impugnante promoveu ações no intuito disfarçar/ocultar informações, de omitir lançamentos na contabilidade dos valores do IOF devidos, da omissão desses valores nas DCTF apresentadas, infração continuada. Mais, na página 17 do Termo de Verificação e Constatação Fiscal, alega que "Por se tratar de empréstimos a sócios, de acordo com as normas técnicas contábeis, e de acordo com o modelo de plano de contas estabelecido pelas Leis 11.638/07, 11.941/09, a Autuada deveria ter registrado as operações de mútuo nas contas 978-SILVIA BRAGA e 2676-SEGIO LINS LIMA BRAGA, do grupo grupo contábil REALIZAVEL A LONGO -PRAZO, porém, com intenção clara de disfarçar tais operações, utilizou-se de uma conta do Ativo Circulante, com a denominação genérica de "OUTROS ADIANTAMENTOS". (o destaque não consta no original).

c.1) Este argumento do Sr. Fiscal, é de uma terrível fragilidade, chegando a ser primária, demonstrando total falta de conhecimento aos princípios legislativos, querendo impor a legislação ordinária, o ordenamento de plano de contas, que é disciplinado em resolução que trata especificamente de princípios de contabilidade. Nada mais absurdo se não vejamos:.

Traz o preâmbulo da Lei no 11.638/07.

c.2) Quanto a lei no 11.941/09, o Sr. Fiscal fez um passeio intelectual, pois a mesma altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário

de transição, etc..., e dá outras providências. É de se ressaltar que esta Lei no 11.941/09, foi substancialmente alterada pela Lei no 12.973/14, que versa sobre normas de contabilidade, mas nenhuma referência faz a plano de contas.

c.3) Quanto ao item A.1.4.2.1 — item 09 do TIF 01- Considerado não Atendido, a Impugnante entende que: "..., não é crível que passado mais de 18 meses de fiscalização o Sr. Fiscal não tenha concluído qual a forma de tributação deveria impor ao Contribuinte, atribuindo a este a responsabilidade por isto. Parafrazeando o próprio Fiscal este seria "um cenário, de fim dos tempos".

c.4) Deve ser destacado que todos os termos de intimação feitos pela Fiscalização foram integralmente atendidos. O que se verifica na leitura do Termo de Verificação e Constatação Fiscal é que o Atuante buscava as respostas aos itens no formato do seu "objetivo". A impugnante apresentava seus esclarecimentos, porém, ao que tudo indica, não era no modo que o Auditor Fiscal queria que fosse, como pode ser confirmado no trecho da análise feita pelo Atuante, do atendimento da Impugnante ao item em comento: "a intimada respondeu ao item inapropriadamente e evasivamente, repetindo esclarecimento já prestado anteriormente". Importante frisar que os esclarecimentos estavam sendo prestados, mas o Atuante considerou o item como "não atendido", e pior, com a qualificação da infração e o agravamento da multa sobre os valores do item. É de se perguntar: que razões aqui apresentadas ? onde houve a fraude ou omissão dolosa à fiscalização a ensejar o agravamento da multa?

c.5) Ainda em relação à multa adicional de 150% (cento e cinquenta por cento) aplicada pelo Sr. Fiscal, deve ser dito que a mesma não pode prosperar, pois em momento algum o Contribuinte ofendeu o ordenamento jurídico invocado pelo Sr. Fiscal.

Ademais o auto de infração foi lavrado com base na escrituração contábil e nos documentos fornecidos pelo próprio contribuinte.

DA MULTA E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DE VEDAÇÃO AO CONFISCO, DO LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL E DA PROIBIÇÃO DO ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO

d) No exame da questão aqui posta, interessa adentrar nos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. O primeiro inserido no Art. 145, § 10, da CF/88, a evitar venha o contribuinte ser tributado acima da sua capacidade econômica. O segundo, vedando a utilização de tributo com efeito de confisco, insculpido no Art. 150, IV, da mesma Constituição.

d.1) O valor exigido tem natureza confiscatória, sem dúvida, daí a sua inconstitucionalidade. Por isso, ainda que se admitindo pudesse a multa guerreada ter sido instituída por lei, seria inconstitucional por ofensa aos princípios da capacidade

contributiva e da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco.

A MULTA IMPOSTA AO IMPUGNANTE VIOLA OS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS QUE ASSEGURAM A LIVRE PRÁTICA DE ATIVIDADES ECONÔMICAS LÍCITAS (CF, Art. 170, Parágrafo único) E A LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (CF, Art. 5º , XIII)

Defende a improcedência da multa aplicada, citando doutrina e jurisprudência para embasar o seguinte: "...que a imposição de multa exorbitante, capaz de inviabilizar o exercício da atividade econômica, a pretexto de supor ser depósitos bancários, fato gerador do imposto de renda, como é o caso aqui examinado, implica, ainda que de forma oblíqua, em cerceamento a esses postulados constitucionais".

IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO

Alega, com apoio de excertos da jurisprudência que: "...a indigitada multa não pode subsistir face à impossibilidade de o Estado legislar de modo abusivo ou imoderado".

e) O Poder Legislativo não é detentor do poder absoluto de legislar e, pois, insuscetível de limitação pelo Poder Judiciário.

Continua sua Petição trazendo os seguintes questionamentos:

f) Querer o Sr. Fiscal presumir que transações lícitas entre sócios e empresas ligadas de alguma forma, são suficientes para aplicação da multa qualificada por omissão dolosa, é um absurdo pois, presunção não é prova. E assim reiteradamente vem entendendo o Conselho de Contribuintes, hoje CARF. Transcreve, em seguida, excertos de ementas de Acórdão da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF / Primeira Turma.

g) para a aplicação da multa qualificada, exige-se o dolo do contribuinte, ou seja, a intenção consciente e manifesta de, mediante artifício, produzir o resultado fraudulento, o qual, de acordo com a acusação formulada no auto, seria a sonegação. Este entendimento há muito tempo é sufragado pelo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que exige a presença do dolo - que não pode ser presumido - como pressuposto para a aplicação da multa qualificada.

h) O ônus da prova da ocorrência do dolo do contribuinte, bem como a demonstração da materialidade de sua conduta supostamente fraudulenta constitui incumbência da fiscalização. Neste sentido, também é unânime a posição adotada pelo Conselho de Contribuintes.

Traz excertos de Acórdãos do Conselho de Contribuintes e da doutrina como fundamentos dos itens "g" e "h" antes citados.

i) Após citação da jurisprudência Carf e de doutrina relacionada, complementa: "Transportando estes conceitos para o caso

concreto, emerge o dever da fiscalização de buscar, onde quer que seja, elementos de prova e de convicção para a tipificação indubitosa do ilícito de que é acusado o contribuinte autuado, inclusive, e principalmente, para a configuração do dolo, cuja presença deve estar demonstrada de modo objetivo, concreto e livre de dúvidas/ para a aplicação da multa qualificada."

j) Cabe, por fim, enfatizar que a súmula CARF nº 25 estabelece que "a presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1966". Na análise do auto não consta comprovação de conduta prevista nos dispositivos elencados.

Analisada a manifestação de inconformidade, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento julgou improcedente a manifestação de inconformidade, com a seguinte ementa (fl. 1106):

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

Ano-calendário: 2011, 2012

IOF. OPERAÇÃO DE CRÉDITO. CONTRATO DE CONTA CORRENTE. DISPONIBILIZAÇÃO DE RECURSOS.

A disponibilização de recursos aos pactuantes de contrato de conta corrente configura operação de crédito para fins de incidência do IOF, a qual possui acepção ampla dada pela lei, alcançando a colocação ou entrega de recursos à disposição de terceiros, como as decorrentes de registros ou lançamentos contábeis ou sem classificação específica.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2011, 2012

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade de atos regularmente editados.

MULTA. EFEITO CONFISCATÓRIO. EXAME NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

É defeso na esfera administrativa o exame de constitucionalidade de lei, bem como o da violação pelo ato

normativo a princípios constitucionais, entre eles o da vedação ao confisco.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADA.

A multa de ofício será qualificada, no percentual de 150%, quando restar devidamente caracterizado em procedimento fiscal, o evidente intuito de fraude, nos termos da lei.

MULTA DE OFÍCIO AGRAVADA. NÃO ATENDIMENTO A ITENS DE INTIMAÇÕES. INAPLICABILIDADE.

O agravamento da multa pela não atendimento a Intimações, conforme hipótese prevista no inciso II, § 2º, do art. 44, da Lei nº 9.430/1996, dever ser aplicado em um contexto de uma recusa deliberada de atendimento às intimações, com claro intuito de impedir ou prejudicar, de forma essencial, a constituição do crédito tributário.

Foi apresentado Recurso Voluntário (fls. 1.142/1225), no qual a Recorrente retoma suas razões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liziane Angelotti Meira - Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais de admissibilidade e deve ser conhecido.

Após discorrer extensivamente sobre o Auto de Infração, a Impugnação e a decisão recorrida, a Recorrente apresenta seu efetivo Recurso Voluntário a partir da página 57 do documento (às fls. 1198 e seguintes). Analisaremos cada um dos pontos.

Defende a Recorrente que os valores em pauta seriam adiantamentos aos sócios por conta de lucros a distribuir (fls. 1204/1208):

Quanto aos adiantamentos aos sócios Sérgio Lins Lima Braga — CPF no 106.564.565-15 e Silvia Maria Ribeiro Lima Braga — CPF no 074.107.435-49, que de acordo com a fiscalização eram contratos de valor e prazo de pagamento indefinidos e registrados por meio da conta 920-Outros Adiantamentos, estes se devem à **antecipação por conta da distribuição de lucros** conforme explicitado à fiscalização e constante da impugnação ao auto de infração. O acórdão da DRJ, no caso, conclui não haver comprovação, nos autos do necessário registro que confirmem a aplicabilidade dessa sistemática. Entende que a pessoa jurídica pode distribuir lucros aos seus sócios ou acionistas mesmo antes do encerramento do exercício social. No entanto deve haver

previsão contratual ou estatutária para que sejam levantados balanços intermediários, semestrais ou em períodos menores.

(...)

Desta forma não é cabível que os valores contabilizados como adiantamento ao longo do ano de 2012, liquidados com o encontro de contas com o lucro apurado sejam desconsiderados como distribuição de lucros e considerados como empréstimos de mútuo com a consequente indevida cobrança do IOF.

Os adiantamentos realizados durante o ano calendário de 2011, remanescendo para anos seguintes, foram liquidados pelo sócio Sérgio Lins Lima Braga que obteve recursos junto ao CREDIT AGRICOLE PRIVATE BANKING, em operação de empréstimo direto no valor, em moeda nacional de R\$ 25.645.000,00. Este recursos, como confirmado pela própria fiscalização, ingressou no Brasil por meio de contrato de câmbio operado pelo BANCO MÁXIMO S/A, em 28/05/2014 e no dia 30/05/2014, para a conta corrente da fiscalizada no Banco Itaú; o valor transferido foi creditado na conta 1.1.5.01.0001 — Outros Adiantamentos, que corresponde a mesma 920-Outros Adiantamentos, liquidando assim, a conta Outros Adiantamentos, com os lançamentos referentes aos pagamentos efetuados aos sócios Sérgio Lins Lima Braga — CPF no 106.564.565-15 e Silvia Maria Ribeiro Lima Braga — CPF no 074.107.435-49.

No entanto, conforme consta da decisão recorrida, compulsando-se as ocorrências relatadas nos autos, verifica-se que a Fiscalização concluiu, acertadamente, que se tratavam de empréstimos estruturados em regime de conta-corrente, realizados de maneira contínua e aleatória, à medida da necessidade e disponibilidade do mutuário e mutuante, sujeitos à incidência do IOF.

Assim, ante dos fatos apurados, descritos e relatados no TVF, foi realizada, pela Fiscalização, a apuração dos montantes de IOF devidos pela Fiscalizada, na condição de responsável tributário, incidentes sobre os empréstimos realizados. Os valores de IOF devidos estão detalhados no Demonstrativo de Apuração Mensal de IOF, Anexo 1, parte integrante e inseparável do referido Termo.

Em que pesem as argumentações da Impugnante de que o adiantamento aos sócios se deveu à distribuição de lucros, no caso, entende-se que se referiria a antecipação de lucros, conclui-se não haver comprovação, nos autos do necessário registro que confirmem a aplicabilidade dessa sistemática, conforme observa a Fiscalização no TVF, nos seguintes termos:

A antecipação de distribuição de lucros depende de balancetes que comprovem a disponibilidade de lucros a serem antecipados em determinada data - ora, na DIPJ/2013 (AC 2012) original, apresentada 25/06/2013, a Autuada apura, em seus balancetes de suspensão, prejuízos em todos os meses do ano de 2012, o que implicaria que a mesma não poderia fazer qualquer adiantamento de lucros, nem tão pouco distribuir lucros em 31/12/2012. No entanto, apresenta uma retificadora em 22/02/2016, portanto, no curso da presente fiscalização, onde apura lucro contábil

suficiente para fazer face ao lucro distribuído em 31/12/2012, em valores consonantes com a contabilidade, balanço e Lalur, motivo pelo qual não se autuou a Fiscalizada por distribuição de lucros indevido.

Como se consignou na decisão recorrida, a legislação societária permite à pessoa jurídica distribuir lucros aos seus sócios ou acionistas mesmo antes do encerramento do exercício social, no entanto deve haver previsão contratual ou estatutária para que sejam levantados balanços intermediários, semestrais ou em períodos menores.

Conforme observado pela Fiscalização, não consta dos autos, o atendimento pela Fiscalizada, das condições legais que possibilitariam a distribuição antecipada de lucros aos sócios. Assim, considera-se ter havido, efetivamente, uma operação de crédito, sujeita ao IOF, face às características apontadas das operações de créditos praticadas pela Autuada, que foram estruturadas em regime de conta-corrente, realizadas de maneira contínua e aleatória, à medida da necessidade dos mutuantes e da disponibilidade da mutuária.

Dessarte, segue-se o entendimento da decisão recorrida no sentido que a fiscalização, acertadamente, concluiu que a disponibilização de recursos às demais pactuantes, mediante conta corrente, configura operação de crédito para fins de incidência do IOF. De fato, de acordo com o art. 13 da Lei nº 9.779/1999 (compilada no art. 3º inciso III do Decreto nº 6.306/2007), as operações de crédito alcançam o mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas. Ademais, a figura do mútuo não deve ser tomada em termos restritos, já que, nos termos do art. 7º §13 do mesmo decreto, também são considerados mutuários os participantes de operações de crédito que, pela sua natureza, importem colocação ou entrega de recursos à disposição de terceiros, como as decorrentes de registros ou lançamentos contábeis ou sem classificação específica. Transcreve-se trecho da Lei nº 9.779, de 1999:

Art.13. As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física sujeitam-se à incidência do IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.

§ 1º. Considera-se ocorrido o fato gerador do IOF, na hipótese deste artigo, na data da concessão do crédito.

§ 2º. Responsável pela cobrança e recolhimento do IOF de que trata este artigo é a pessoa jurídica que conceder o crédito.

§ 3º. O imposto cobrado na hipótese deste artigo deverá ser recolhido até o terceiro dia útil da semana subsequente à da ocorrência do fato gerador.

...

Art. 7o A base de cálculo e respectiva alíquota reduzida do IOF são (Lei no 8.894, de 1994, art. 1o, parágrafo único, e Lei no 5.172, de 1966, art. 64, inciso I):

I - na operação de empréstimo, sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito:

a) quando não ficar definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário, inclusive por estar contratualmente prevista a reutilização do crédito, até o termo final da operação, a base de cálculo é o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês, inclusive na prorrogação ou renovação:

1. mutuário pessoa jurídica: 0,0041%;

...

§ 13. Nas operações de crédito decorrentes de registros ou lançamentos contábeis ou sem classificação específica, mas que, pela sua natureza, importem colocação ou entrega de recursos à disposição de terceiros, seja o mutuário pessoa física ou jurídica, as alíquotas serão aplicadas na forma dos incisos I a VI, conforme o caso

...

§ 15. Sem prejuízo do disposto no caput, o IOF incide sobre as operações de crédito à alíquota adicional de trinta e oito centésimos por cento, independentemente do prazo da operação, seja o mutuário pessoa física ou pessoa jurídica. (Incluído pelo Decreto nº 6.339, de 2008).

§ 16. Nas hipóteses de que tratam a alínea “a” do inciso I, o inciso III, e a alínea “a” do inciso V, o IOF incidirá sobre o somatório mensal dos acréscimos diários dos saldos devedores, à alíquota adicional de que trata o § 15. (Incluído pelo Decreto nº 6.339, de 2008).

O Decreto nº 6.306, de 14/12/2007 regulamentou as situações que o legislador – dentro do amplo espectro abrangido pela expressão “operações de crédito” – elegeu como pressupostos da incidência ou antecedentes da regra de incidência. Consta, no art. 3º, § 3º, da referida norma, o seguinte (destaque do Relator):

§ 3º A expressão “**operações de crédito**” compreende as operações de:

I - **empréstimo sob qualquer modalidade**, inclusive abertura de crédito e desconto de títulos (Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, art. 1º, inciso I);

II - **alienação**, à empresa que exercer as atividades de factoring, de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo (Lei nº 9.532, de 1997, art. 58);

III - **mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas** ou entre pessoa jurídica e pessoa física (Lei nº 9.779, de 1999, art. 13).

Este Decreto nº 6.306, atual Regulamento do IOF, trata da incidência do imposto nessas operações de crédito no seu art. 2º, inc. I, alínea “c”. De acordo com o inciso III do § 3º do art. 3º desse Regulamento, a expressão “operações de crédito” compreende as operações de “mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física”.

Argumenta ainda, a Interessada, que não fez operação de mútuo entre as empresas do mesmo grupo e sim transferência de recursos em conta corrente para suprir necessidade operacional em cada sociedade, para financiar suas atividades (cf. fls. 1203/1204):

como grupo, a recorrente e as empresas coligadas operam em associação comercial estratégica, de forma evoluída de inter-relacionamento de sociedades, tendo praticamente a característica de: "sociedades de sociedades", visando a formação de grupo empresarial único, figura prevista no Capítulo XXI "Grupo de Sociedades", da Lei nº 6.404/76, (lei das sociedades anônimas), não vedada a sua aplicação às sociedades limitadas. Constituem-se, em essência, em um grupo empresarial único, aí a essência sobrepondo-se a forma, tendo administração centralizada, caixa único, site único (www.expressa.com), combinando recursos e esforços para a realização dos seus objetivos, ainda que tenham patrimônios distintos.

Assim, o método de aporte de recursos em conta corrente adotado entre as empresas ligadas e a recorrente está em perfeita consonância com os acórdãos aqui transcritos provando assim que não houve infração à legislação do IOF.

Nesse sentido, entende a Recorrente que operações em questão não sofrem incidência de IOF, uma vez que, não seria operação de mútuo entre as empresas do mesmo grupo e sim transferência de recursos em conta corrente para suprir necessidade operacional em cada sociedade.

No entanto, como consta da decisão de piso, é improcedente o esforço da Impugnante em argumentar a existência de um grupo econômico composto por empresas interligadas, que emprestavam recursos entre si, em operações que não se caracterizariam como mútuo.

Conforme fundamentado acima, a legislação utiliza o termo operação de crédito de forma alargada e a figura do mútuo não deve ser tomada em termos restritos já que, nos termos do art. 7º §13 do Decreto nº 6.306/2007, também são considerados mutuários os participantes de operações de crédito que, pela sua natureza, importem colocação ou entrega de recursos à disposição de terceiros, como as decorrentes de registros ou lançamentos contábeis ou sem classificação específica, que é ocorreu no caso concreto. De acordo com os dispositivos legais acima transcritos, não há qualquer exceção para operação de crédito efetuada entre empresas de um mesmo grupo empresarial, de modo que o IOF é exigível mesmo nessas circunstâncias.

Como se observou na decisão de piso, esse entendimento é amplamente adotado neste tribunal, conforme ementas que seguem:

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

Data do fato gerador: 31/01/2007, 28/02/2007, 31/03/2007, 30/04/2007, 31/05/2007, 30/06/2007, 31/07/2007, 31/08/2007, 30/09/2007, 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007, 31/01/2008, 28/02/2008, 31/03/2008, 30/04/2008, 31/05/2008, 30/06/2008,

31/07/2008, 31/08/2008, 30/09/2008, 31/10/2008, 30/11/2008,
31/12/2008, 31/01/2009, 28/02/2009, 31/03/2009, 30/04/2009,
31/05/2009, 30/06/2009, 31/07/2009, 31/08/2009, 30/09/2009,
31/10/2009, 30/11/2009, 31/12/2009, 31/01/2010, 28/02/2010,
31/03/2010, 30/04/2010, 31/05/2010, 30/06/2010, 31/07/2010,
31/08/2010, 30/09/2010, 31/10/2010, 30/11/2010, 31/12/2010
PRELIMINAR DE

NULIDADE. Incabível a decretação de nulidade do auto de infração quando não configuradas as situações expressamente previstas na legislação.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Não constitui afronta a direito o fato de a autoridade fiscal ter efetuado o lançamento, com base na escrita fisco contábil do sujeito passivo e não tê-lo chamado a participar da fase inquisitória do processo, posto que o contraditório e a ampla defesa só se instaura com a apresentação tempestiva da impugnação.

MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE EMPRESAS. INCIDÊNCIA DO IOF. Nos termos da legislação em vigor, incide o IOF nas operações de crédito realizadas entre pessoas jurídicas, na modalidade de mútuo de recursos financeiros.

(...)

(Acórdão no. 3302005.800)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS IOF Ano-calendário: 2006 IOF. INCIDÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE DIVIDENDOS. MÚTUO. CARACTERIZAÇÃO. A antecipação de dividendos a sócio quotista, enquanto não ocorrer a apuração, deliberação e distribuição de lucros, configura mútuo de recursos, dada a necessidade de sua reposição ao patrimônio da pessoa jurídica ou, ao menos, a compensação do valor correspondente, por ocasião da efetivação da distribuição dos lucros auferidos ou acumulados, não se incorporando desde logo ao patrimônio do sócio, por depender de evento futuro e incerto.

IOF. BASE DE CÁLCULO. VALOR DEFINIDO. CONFIGURAÇÃO. A teor do art. 7º do Decreto nº 4.494/2002, a definição da alíquota aplicável pressupõe a predefinição do valor do principal a ser utilizado, o que não se verifica quando inexistente contrato de mútuo, ainda que informal, não se confundindo “valor definido” com valor certo ou conhecido. Recurso voluntário negado.

(Acórdão no. 3401004.246)

Assunto: Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF Ano-calendário: 2009

OPERAÇÕES DE CRÉDITO. MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS COLIGADAS. As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas coligadas sujeitam-se à incidência do IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.

ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA 2/CARF. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária que institui penalidade.

MULTA QUALIFICADA. REQUISITOS. A qualificação da multa de ofício a que se refere o art. 44 da Lei no 9.430/1996 requer a precisa configuração de uma das situações previstas nos arts. 71 a 73 da Lei no 4.502/1964.

(Acórdão no. 3403-003.112)

A Recorrente questiona também a aplicação da multa qualificada. Assevera que viola os princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, daí a sua inconstitucionalidade (fls. 1207 e seguintes); argumenta também a Recorrente pela impossibilidade de o Estado legislar de modo abusivo ou imoderado.

Contudo, conforme se observou na decisão recorrida:

Acrescente-se que o exame da alegação de que o percentual de multa aplicado seria excessivo, produzindo efeito de confisco, importa em exercer controle de constitucionalidade, que compete ao Poder Judiciário; ou em avaliar a conveniência da norma, que compete ao Poder Legislativo e não ao aplicador da lei, o qual, exercendo atividade vinculada, não pode se furtar à aplicação da norma por entendê-la inconstitucional, inconveniente ou inoportuna.

Dessa forma, por se tratar de questão que implica a aferição da validade de lei ordinária em face da Constituição Federal, não a este CARF apreciá-la, conforme *SÚMULA 2/CARF*.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária que institui penalidade.

A Recorrente questiona ainda a aplicação da multa qualificada de 150%, sob o argumento que em momento algum o Contribuinte ofendeu o ordenamento jurídico invocado pelo Sr. Fiscal. Ademais o auto de infração foi lavrado com base na escrituração contábil e nos documentos fornecidos pelo próprio contribuinte. Aduz que, para a aplicação da multa qualificada, exige-se o dolo do contribuinte, ou seja, a intenção consciente e manifesta de, mediante artifício, produzir o resultado fraudulento, o qual, de acordo com a acusação formulada no auto, seria a sonegação, asseverando:

Portanto, o Carf tem reiterado o entendimento que **para a aplicação da multa qualificada, exige-se o dolo do contribuinte, ou seja, a intenção consciente e manifesta de, mediante artifício, produzir o resultado fraudulento, o qual, de acordo com a acusação formulada no auto, seria a sonegação.** (fl. 1214)

Observe-se que a multa qualificada incidiu nas operações de mútuo realizadas com as pessoas físicas dos sócios. Já o mútuo com as empresas, teve a exação de multa padrão de 75%, sobre a qual não há que se falar em redução.

Ocorre que, diante dos fatos narrados no TVF, a Fiscalização entendeu presente, no caso concreto, o evidente intuito de fraude, definido em lei e necessário à qualificação. No caso, conclui-se que o evidente intuito de fraude ficou caracterizado em função dos fatos, aqui citados de forma exemplificativa, narrados no TVF, *in verbis*:

Do referido PAF, extraímos a planilha abaixo, Figura 12, nela constatamos que os sócios, até 2.008, vinham recebendo consideráveis valores a título de distribuição de lucros. A partir de 2.009, a empresa apresentou sucessivos prejuízos, os sócios, toda via, mantiveram o padrão, por meio de alegados empréstimos junto à Fiscalizada, empréstimos estes, com base em contratos de mútuo, diga-se de passagem, não registrados e com cláusulas pra lá de generosas, como por exemplo, valor, o quanto os sócios precisassem, prazo de validade, indeterminado, forma de pagamento, com futuras e incertas distribuição de lucros, juros de qualquer tipo, nenhum.

...

Os sócios estavam recebendo/retirando valores da empresa, em montantes próximos das outroras distribuições de lucros, sem qualquer ônus de tributação para estes ou para a Fiscalizada. Tudo ia muito bem e conveniente, para os sócios, não para a empresa, que sofria, pela mão dos próprios sócios, um processo de dilapidação, como comprovou a fiscalização anterior. Os procedimentos de fiscalização junto aos seus sócios e junto a própria Autuada, em 2.011, com consequentes autos de infração elevados, em instância de recursos administrativos de impugnação, como também a abertura de novos procedimentos de fiscalização obrigaram, certamente, diante desse cenário, em 2.014, o sócio Sérgio Lins Lima Braga, a buscar recursos com finalidade de quitar os empréstimos, seu e da outra sócia, de forma a dar às retiradas de valores da empresa revestimento de empréstimos.

...

A contabilização das operações de uma empresa deve indicar, com transparência, a natureza dessas operações. O fato do contribuinte não registrar as operações em contas apropriadas, realizar lançamentos atípicos, se utilizar de históricos que nem de longe dão pistas sobre a operação realizada, todo esse conjunto de ações, certamente, guarda uma intenção deliberada de ocultar, ou, pelo menos, disfarçar a natureza das operações.

É impressionante e incrível que a Autuada, ao longo do ano de 2.012, tenha conseguido emprestar aos sócios, por meio de mais de cento e setenta transações, em valores e datas aleatórios, exatamente o mesmo valor da distribuição de lucros, que só seria apurada no fechamento do exercício, e perfeitamente na proporção da participação dos mesmos no capital social da empresa, vejamos, 2.993.076,33 é exatamente 51% de 5.868.777,11, e 2.875.700,58 exatamente 49%.

Essa partição perfeita dos empréstimos aos sócios é, seguramente, fictícia. A falta de apresentação de documentos, devidamente intimados, que possibilitariam, a esta Fiscalização, comprovar que os empréstimos e a distribuição de lucros não foram nas proporções alegadas, é uma omissão, seguramente intencional, para se esquivar de autuações mais gravosas, como pagamento a beneficiário não identificado, ou distribuição indevida de lucros.

...

Outrossim, as atitudes sustentadas pela Contribuinte, narradas no TVF, conclui-se prejudicaram a administração tributária no seu desiderato, qual seja a promoção da arrecadação em favor do Erário.

À luz da legislação pertinente, constitui hipótese de qualificação da multa de ofício a prática de sonegação, fraude ou o conluio, ou seja, ações ilícitas definidas nos arts. 71, 72 e 73, da Lei 4.502, de 1964. .

Assim, concluímos com a decisão recorrida que , no Termo de Verificação e Constatação Fiscal, restou devidamente caracterizado o evidente intuito de fraude, fato esse definido em lei como suficiente para autorizar a qualificação da multa de ofício, no percentual de 150%.

Não trataremos do agravamento da multa porque a decisão de piso o afastou.

Diante do exposto, proponho manter integralmente a decisão recorrida, e voto por negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)
Liziane Angelotti Meira

Processo nº 10380.730530/2016-88
Acórdão n.º **3301-005.350**

S3-C3T1
Fl. 1.261
