



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

Processo nº 10930.720030/2012-31
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-005.800 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de agosto de 2018
Matéria IOF. MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE EMPRESAS.
Recorrente LEÃO DIESEL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA. DESNECESSIDADE.

Sendo os documentos acostados aos autos claros, permitindo um adequado julgamento, torna-se prescindível a realização de perícia ou diligência para a solução da controvérsia

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède

Presidente

(assinado digitalmente)

Jorge Lima Abud

Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Orlando Rutigliani Berri, Walker Araujo, Vinicius Guimaraes, Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Diego Weis Junior, Raphael Madeira Abad e Paulo Guilherme Deroulede.

Relatório

Trata o presente processo de auto de infração, lavrado em 16/01/2012, formalizando a exigência de - imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários - IOF acrescido de multa de ofício e juros de mora, no valor de R\$ 450.682,18, pelos fatos descritos a seguir.

Em 28/11/2011 a Receita Federal expediu o Termo de Intimação Fiscal nº 001 solicitando cópia dos contratos de empréstimos ativos, dos anos- calendário de 2007 a 2010.

A Receita Federal intimou novamente a empresa por meio do Termo de Intimação nº 002 para apresentar os seguintes contratos de mútuo: Fábio Pegoraro, Marcos Pegoraro, Tecno Máster Peças e Serv. Ltda, Motormaster Peças Motors Ltda.

Por conseguinte, a empresa LEAO DIESEL LTDA foi autuada devido a falta de recolhimento do imposto sobre operações de crédito câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores imobiliários – IOF.

A empresa LEAO DIESEL LTDA foi cientificada do presente auto de infração, pessoalmente, em 18/01/2012 (folhas 500).

Foi apresentada impugnação em 17/02/2012, de folhas 509 à 516.

Alegou-se, em síntese que:

- ✓ Como visto, a Receita Federal em apenas 4 (quatro) meses realizou a apuração de crédito tributário de quase meio milhão contra a empresa impugnante. Ocorre que, conforme se verifica do Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal, há uma série de equívocos cometidos pela Receita Federal que anulam o lançamento;
- ✓ O primeiro equívoco a se apontar é a ausência do direito à participação no processo, ÍSSO porque a Receita Federal solicitou a documentação da empresa, porém, não lhe oportunizou oferecer esclarecimentos e, inclusive, negou prorrogação de prazo para que os demais contratos de mútuo fossem apresentados, lançando no exíguo prazo de 4 (quatro) meses quase meio milhão em crédito tributário;
- ✓ A tabela apresentada pela Receita Federal é impossível aferir a base de cálculo utilizada e alíquota aplicada, uma vez que apresenta diretamente os valores que entende devido a título de IOF;
- ✓ Se a base de cálculo do IOF é o valor principal de cada uma das parcelas entregue ao mutuário, caberia à Receita Federal identificar mensalmente estas parcelas, bem como deveria indicar o valor principal caso colocado à disposição do mutuário em única parcela;
- ✓ Pela Tabela 1 é impossível verificar que data a Receita Federal considerou como fato gerador do tributo, uma vez que ela deixa de apresentá-las em cada um dos contratos que está cobrando o IOF. A data do fato gerador influencia diretamente no valor devido, como o cálculo dos juros de mora;
- ✓ Nesse sentido, não é possível que a Receita Federal faça a autuação da empresa em apenas quatro meses, em valor de quase meio milhão e esquive/se de apresentar especificadamente o fato gerador (data que considera realizada cada operação de crédito), a base de cálculo (valor principal do mútuo seja mensal ou em único) e a alíquota aplicada (percentual referente à pessoa jurídica e à pessoa física);
- ✓ Portanto, o lançamento realizado é nulo, pois não permite à empresa identificar a forma como os valores supostamente devidos foram calculados, indicando os elementos do crédito tributário, como o fato gerador, a base de cálculo e a alíquota;
- ✓ Como visto, a empresa escriturou corretamente e declarou todos os contratos realizados em DIPJ, cumprindo todas suas obrigações acessórias. Todavia, sempre considerou que o IOF é imposto devido

pelas instituições financeiras, não devendo ser exigido em todas as operações de crédito entre particulares;

- ✓ Caso se considere o IOF devido por pessoas jurídicas particulares, o que se considera apenas para que se possa fazer a impugnação, deve-se diferenciar ainda que há contratos de mútuo, no qual desde o início se conhece o valor devido, e há contrato de abertura de crédito, na qual o valor devido é conhecido apenas ao final, os quais não podem ser confundidos, sendo certo que apenas há incidência de IOF em contratos de mútuo, o que sequer foi observado pela Receita Federal;

Pedido

Diante dos termos acima, a empresa requer:

A realização de perícia, já que o Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal deixa dúvida quanto a aspectos do próprio lançamento, formulando, desde já, os seguintes quesitos:

(...)

Sejam recebidos eventuais documentos apresentados posteriormente, haja vista que a empresa teve a prorrogação de prazo solicitada indeferida, o que se/pede pelo princípio da ampla defesa.

Seja realizada a intimação da empresa, na pessoa do seu representante legal, acerca da inclusão do processo em pauta de julgamento da DRJ de Curitiba.

Seja dada procedência à presente impugnação, mediante anulação do lançamento e do auto de infração, sendo reconhecida a nulidade da forma como houve o lançamento, sem identificação dos elementos do crédito tributário, bem como que o IOF não é devido pela empresa por não tratar-se de instituição financeira.

Em 16 de agosto de 2012, através do **Acórdão nº 06-37.816**, a 2ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento de Curitiba/PR, por unanimidade de votos, não acolheu a preliminar de nulidade, indeferiu o pedido de perícia e de intimação e, quanto ao mérito, julgou improcedente a impugnação, para manter integralmente a exigência formalizada no Auto de Infração.

Entendeu a Turma que:

- ✓ O procedimento de determinação e exigência dos créditos tributários da União compreende duas fases. A primeira tem um viés eminentemente inquisitorial, eis que é caracterizada pela execução de atos de ofício cujo objetivo é a coleta de elementos que permitam aferir se o contribuinte cumpriu com suas obrigações tributárias ou se ocorreram fatos jurídico-tributários a ensejar um lançamento de ofício. Já a segunda, inaugurada pela impugnação tempestivamente apresentada pelo autuado ou notificado, oportunidade em que a impugnante pode deduzir suas razões defensórias, bem como requerer as diligências e perícias que entender necessárias, é informada pelos princípios do contraditório e pela ampla defesa;

-
- ✓ E ademais, segundo a melhor doutrina processualística, em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas, não cabe declarar nulidade sem que a parte demonstre o efetivo prejuízo sofrido. A forma como foi produzida a impugnação, aliás, acaba por afastar sua tese, uma vez que foi feita com desenvoltura e de forma articulada;
 - ✓ Pelo exposto, tem-se que a autoridade lançadora agiu com estrita observância das normas legais que regem a matéria, não tendo como prosperar as alegações de nulidade do lançamento. Se, o inconformismo do sujeito passivo é direcionado à infração apurada, melhor sorte não o socorre, posto que a matéria de prova será analisada no decorrer deste voto;
 - ✓ Nas operações de crédito intermediadas por instituição financeira, como também nas operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros realizadas entre quaisquer pessoas jurídicas, ou entre pessoa jurídica e pessoa física, sendo também irrelevante que as operações realizadas tenham se dado entre empresas do mesmo grupo econômico, pois o dispositivo legal em nenhum momento, assim distinguiu, bastando que referidas operações se caracterizem como mútuo;
 - ✓ Está correta a exigência do IOF que deixou de ser recolhido por ocasião da ocorrência dos respectivos fatos geradores, conforme demonstrativos que integram o auto de infração, acrescido de juros de mora e da multa de ofício de que trata o art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996 e respectivas alterações no período da autuação;
 - ✓ Em relação à solicitação da impugnante para realizar perícia, não vislumbro tal necessidade, por considerá-la **prescindível** para a solução da controvérsia.

A impugnante foi cientificada da Decisão da Delegacia Regional de Julgamento, em 30/10/2012, via Aviso de Recebimento, às folhas 576 do processo digital.

Em 23/11/2012 (folhas 593), ingressou com RECURSO VOLUNTÁRIO junto ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, apresentando suas razões, de folhas 576 a 590.

Foi alegado:

- Nulidade do acórdão: Cerceamento do direito de defesa.

A recorrente requereu a produção de prova pericial na Impugnação, aduzindo como motivo o fato de que "o Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal deixa dúvida quanto a aspectos do próprio lançamento", apresentando os quesitos a serem respondidos e indicando os dados profissionais do seu perito. Tal requerimento atendeu todos os requisitos do inciso IV, do art. 16, do Decreto nº 70.235/72 e art. 36, do Decreto nº 7.574/2011.

Todavia, a I. Relatora limitou-se a afastar a realização de perícia por entender que não há cerceamento de defesa, aduzindo apenas genericamente que os documentos acostados aos autos são claros permitindo o julgamento da causa, ou seja, utilizou-se de "discrecionariedade" para afastar a prova pericial, porém, não analisou os motivos que fizeram a recorrente suscitar a realização desta prova.

Nesse contexto, é importante ressaltar que embora haja discrecionariedade quanto à necessidade da prova pericial, esta análise deve ser ponderada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, a fim de permitir que o contribuinte possa, além de conhecimento dos fatos que lhe são imputados, influir no julgamento e nas provas produzidas pela autoridade fiscal.

Assim, o que se revela é que a prova a ser realizada pelo contribuinte encontra inúmeros obstáculos impostos pela própria Receita Federal, que, quando vai autuar, aceita presunções e amostragens, porém, quando vai analisar as argumentações dos contribuintes só aceita documentos apresentados no procedimento fiscal, momento no qual ela própria admite não haver contraditório!

➤ Cerceamento de defesa

A I. Relatora alega inexistir cerceamento de defesa, uma vez que o procedimento de fiscalização se divide em duas etapas, a primeira inquisitória, que não exige a participação do contribuinte, e a segunda etapa que nasce com a impugnação do lançamento, na qual se permite o contraditório e a ampla defesa, o que teria, em seu entendimento, sido respeitado no caso concreto.

Ocorre que, com todo respeito, já na fase do procedimento fiscal, exige-se a participação do contribuinte, conforme disposto no art. 33, do Decreto nº 7.574/2011, que reproduz o art. 7º, do Decreto nº 70.235/72.

Logo, ao contrário do que afirma a I. Relatora, a fase de procedimento fiscal, que se inicia com a intimação do contribuinte para esclarecimentos e apresentação de documentos, já exige a oportunidade ao contraditório e a ampla defesa, uma vez que tal garantia constitucional é ampla e deve ser efetiva.

➤ Nulidade por vício material do lançamento: Inexistência de demonstração do fato gerador do IOF.

Verifica-se que incumbe à autoridade fiscal demonstrar a ocorrência do fato gerador, ou seja, é ônus da autoridade fiscal competente apresentar os elementos fáticos que deverão se subsumir a norma aplicável, permitindo-se a construção da norma tributária individual e concreta.

Nesse sentido, o fato gerador do IOF previsto no art. 3º, do Decreto nº 6.306/2007, exige por parte da autoridade fiscal, a demonstração da entrega do montante ou do valor colocado à disposição.

Ocorre que, ao contrário das instituições financeiras, o contrato e a existência de caixa não implicam na efetivação do empréstimo, o qual deve ser demonstrado pela autoridade fiscal, por meio da prova efetiva da entrega ou colocação a disposição do montante objeto do contrato, atendendo aos termos do art. 142, do CTN. De forma ainda mais clara: deve demonstrar a data da efetiva entrega ou a data da disponibilização do valor, não bastando identificação de saldo no exercício financeiro ou no final de cada mês.

Inclusive, a inexistência da demonstração da ocorrência do fato gerador, gera verdadeiro cerceamento de defesa, pois a recorrente não pode sequer impugnar os valores que a autoridade fiscal considerou efetivamente entregues ou colocados à disposição das pessoas físicas e jurídicas mencionadas, pois tal ato não foi identificado.

De fato, não existe prova de extratos, contas depositadas, movimentações bancárias de transferência, ou mesmo recibos de pagamento em relação aos empréstimos que a autoridade afirma existir. E cabe frisar que não se trata de hipótese legal de presunção, pelo que não há que se falar em lançamento fundado em meros indícios.

- Vício material do lançamento: insuficiência de elementos para o cálculo do montante do tributo.

O art. 142, do CTN, também determina que o ato de lançamento, após demonstrar a ocorrência do fato gerador, deve "calcular o montante do tributo.

Conforme demonstrado no item anterior, a autoridade fiscal não demonstrou a ocorrência do fato gerador por meio de elementos que identificassem a data da efetiva entrega do montante ou a data da disponibilização do valor. Nesse contexto, resta também inviável "calcular o montante do tributo", pois se não se sabe o momento do fato gerador, tampouco se pode identificar o valor de cada operação.

Inclusive, é a partir do fato gerador que se poderá aferir a base de cálculo e alíquota do IOF, nos termos do art. 7º, do Decreto nº 6.306/2007.

Com efeito, se a base de cálculo do IOF é o valor principal de cada uma das parcelas entregue ao mutuário, caberia à autoridade fiscal identificar mensalmente estas parcelas, bem como deveria indicar o valor principal caso colocado à disposição do mutuário em única parcela. Além disso, deveria indicar a alíquota utilizada, uma vez que se aplicam alíquotas distintas em relação a pessoas físicas e jurídicas mutuárias.

O que se abstrai da afirmação supra acerca da base de cálculo?! Com todo respeito, nada! Não há a informação quanto ao valor principal de cada uma das parcelas ou o valor de parcela única entregue ou colocada à disposição do mutuário, não há aplicação da alíquota correspondente, tampouco indica-se a alíquota aplicada.

Quando a recorrente suscitou na Impugnação que não era possível identificar a forma de apuração do IOF, não se estava deduzindo afirmação genérica, pois de fato a tabela indica apenas o nome do mutuário e o valor do IOF devido, o que não significa que a autoridade se desincumbiu de demonstrar o cálculo do montante do tributo.

- Vício material do lançamento: sujeição passiva do IOF.

Nessa relação de sujeição passiva, caberia, em primeiro momento ao responsável realizar a retenção do IOF no momento da entrega do montante ou colocação à disposição do valor objeto do empréstimo e, após, efetuar o recolhimento aos cofres públicos. Porém, diante da inexistência de retenção e, consequentemente, do recolhimento do valor de IOF devido, cabe exigir, por meio de autuação, o pagamento diretamente do contribuinte e não do responsável. De fato, se houvesse a retenção e não recolhimento caberia exigir do responsável, porém, a inexistência de retenção e recolhimento surte a exigência direta do contribuinte, assim como ocorre no caso do Imposto de Renda Retido na Fonte.

Nesse contexto, no caso concreto, a autoridade fiscal consigna no item II, do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal que "foi constatado a existência de registros relativos a empréstimos concedidos à Pessoa Jurídica e Pessoa Física", do que se pode afirmar que a recorrente seria apenas responsável pelo IOF, sendo as pessoas físicas e jurídicas mutuárias identificadas as verdadeiras contribuintes do imposto.

Dessa forma, o sujeito passivo também foi identificado de forma nula no lançamento, que foi lavrado em face da empresa responsável, eximindo-se, indevidamente, as pessoas físicas e jurídicas mutuárias; cabendo esclarecer que embora não tenha realizado a retenção e recolhimento do IOF, a recorrente cumpriu todas as obrigações acessórias que lhe competia e recolheu oportunamente os tributos dos quais é contribuinte.

- Impossibilidade de exigir IOF de operações de direitos creditórios, bem como de operações de crédito entre empresas ou sócios do mesmo grupo econômico.

Por fim, superados os pontos anteriores, cabe demonstrar que não cabe exigir IOF de operações de direitos creditórios, bem como de operações de crédito entre sócios ou de empresas parceiras do mesmo setor econômico.

Existem operações de direitos creditórios realizadas por empresas que realizam o fomento mercantil de determinado ramo, por meio da compra e venda, com pagamento à vista, de direitos creditórios, consubstanciados em títulos de crédito (letra de câmbio, duplicada, conhecimento de transporte, conhecimento de depósito, warrant, nota promissória - simples e rural - e cheque), os quais não se confundem com operação de crédito ou mútuo.

Assim, a incidência de IOF sobre vendas de direitos creditórios, nos termos do art. 582, da Lei nº 9.532/97, revela-se inconstitucional, pois alcança operação não prevista no art. 153, V3, da CF, bem como se revela ilegal, pois modifica a natureza e conceito de direito privado, violando o art. 1104, do CTN.

- Multa em percentual confiscatório.

No caso concreto, o fisco aplicou a multa no percentual de 75%, extrapolando, portanto, a proporcionalidade da sanção. Isso porque, ainda que se considere que a recorrente não tenha efetuado a retenção e recolhimento do IOF, o que se considera apenas para fim de argumentação, não se pode afastar do fato de que a recorrente não é contribuinte do tributo exigido, bem como cumpriu todas as obrigações acessórias.

Inclusive, nesse sentido, o STF reconheceu a repercussão geral do caráter confiscatório da multa de mora superior a 20%.

DO REQUERIMENTO DE REFORMA

Diante do exposto, requer-se seja conhecido e provido o presente recurso voluntário, reformando-se o Acórdão nº 06-37.816, para:

1. declarar sua nulidade, determinando-se que o processo administrativo retorne à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba para novo julgamento, deferindo-se a prova pericial requerida nos termos da Impugnação para garantia à ampla defesa e ao contraditório;

2. declarar a nulidade do lançamento, uma vez que houve cerceamento de defesa no bojo do procedimento fiscal, bem como diante da existência de vícios materiais do lançamento, face a ausência de demonstração do fato gerador, insuficiência dos elementos do cálculo do montante do tributo e identificação ilegal do contribuinte;
3. sucessivamente, caso não se declare nulo o lançamento, o que se admite apenas para efeito de argumentação, julgar improcedente o lançamento, reconhecendo-se que: i) a recorrente não é contribuinte do IOF, tampouco realizou sua retenção, cabendo exigi-lo diretamente das pessoas jurídicas e físicas identificadas no auto de infração; ii) não cabe exigir IOF de operações de direitos creditórios, bem como em relação aos valores repassados aos sócios ou a empresas parceiras do mesmo setor econômico;
4. e, por fim, caso se entenda pela manutenção do lançamento, o que se admite também para efeito de argumentação, deferir a realização de prova pericial e para redução da multa aplicada.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jorge Lima Abud – Relator.

Da admissibilidade.

Por conter matéria desta E. Turma da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário tempestivamente interposto pelo contribuinte, considerando que a recorrente teve ciência da decisão de primeira instância em 30/10/2012, via Aviso de Recebimento, às folhas 576 do processo digital, quando, então, iniciou-se a contagem do prazo de 30 (trinta) dias para apresentação do presente recurso voluntário - apresentando a recorrente recurso voluntário tempestivo, em 23 de novembro de 2013.

O recurso é tempestivo.

Da controvérsia.

São controvertidos os seguintes pontos:

- ✓ Cerceamento do direito de defesa por indeferimento da perícia;
- ✓ Cerceamento do direito de defesa na fase inquisitória;
- ✓ Nulidade por vício material do lançamento: Inexistência de demonstração do fato gerador do IOF;

- ✓ Vício material do lançamento: insuficiência de elementos para o cálculo do montante do tributo;
- ✓ Vício material do lançamento: sujeição passiva do IOF;
- ✓ Impossibilidade de exigir IOF de operações de direitos creditórios, bem como de operações de crédito entre empresas ou sócios do mesmo grupo econômico;
- ✓ Multa em percentual confiscatório.

- Cerceamento do direito de defesa por indeferimento da perícia

É alegado às folhas 03 e 04 do Recurso Voluntário:

A recorrente requereu a produção de prova pericial na Impugnação, aduzindo como motivo o fato de que "o Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal deixa dúvida quanto a aspectos do próprio lançamento", apresentando os quesitos a serem respondidos e indicando os dados profissionais do seu perito. Tal requerimento atendeu todos os requisitos do inciso IV, do art. 16, do Decreto nº 70.235/72 e art. 36, do Decreto nº 7.574/2011.

Todavia, a II. Relatora limitou-se a afastar a realização de perícia por entender que não há cerceamento de defesa, aduzindo apenas genericamente que os documentos acostados aos autos são claros permitindo o julgamento da causa, ou seja, utilizou-se de "discricionariedade" para afastar a prova pericial, porém, não analisou os motivos que fizeram a recorrente suscitar a realização desta prova.

Ora se existe previsão legal para requerimento de perícia, tendo a recorrente apresentado pedido nos termos legais, deveria a II. Relatora examinar exatamente o motivo apresentado e decidir expressamente nos termos do art. 18, do Decreto nº 70.235/7 e art. 35, do Decreto nº 7.574/2011, mormente considerando-se que se trata de motivação vinculada à materialidade do lançamento, frisando-se que não se trata de hipótese de presunção legal.

Na impugnação, às folhas 515 do processo digital, são apresentados os seguintes quesitos:

- 01 - Pela Tabela 1 é possível verificar: a) quando a Auditora Fiscal considerou a ocorrência do fato gerador? b) a partir de quando incidiu juros de mora? c) a base de cálculo utilizada, se mensal ou em única parcela? d) qual a alíquota aplicada?
- 02 - Pelo auto de infração, é possível afirmar que a Auditora Fiscal analisou cada contrato apresentado, identificando sua natureza de mútuo ou de abertura de crédito?
- 03 - Houve análise por parte da Auditora Fiscal acerca de operações de crédito realizadas entre o mesmo grupo?

Com absoluta razão a decisão exarada pelo Acórdão de Impugnação a respeito desse assunto ao indeferir a perícia, uma vez que as informações reclamadas já constam dos autos.

Propício, para tanto, um breve apanhado sobre os elementos colhidos que embasaram a presente ação fiscal:

- ✓ Contratos de Mútuo: folhas 181 à 325 do processo digital;
- ✓ Recibos: folhas 326 à 348 do processo digital;
- ✓ Razões Contábeis: folhas 363 à 417 do processo digital;
- ✓ Livros Razão: folhas 418 à 435 do processo digital;
- ✓ Demonstrativo de Cálculos do IOF: folhas 436 à 492 do processo digital;
- ✓ Auto de Infração: folhas 500 à 506 do processo digital.

Nesse rol de documentos estão contidas as informações reclamadas pela solicitação de perícia.

* Do fato gerador.

Esse assunto será explorado no tópico “Nulidade por vício material do lançamento: Inexistência de demonstração do fato gerador do IOF”.

* Do juro de mora.

Tendo a data do fato gerador, o cálculo do juro de mora segue a regra aplicável, conforme informação exposta no Auto de Infração.

* Da base de cálculo.

Esse assunto será também explorado no tópico “Nulidade por vício material do lançamento: Inexistência de demonstração do fato gerador do IOF”.

Portanto a informação reclamada no quesito 01 consta dos autos.

A resposta ao quesito 02 se depreende a partir da própria elaboração do Demonstrativo de Cálculos do IOF - folhas 436 à 492 do processo digital –. Só seria possível a elaboração dessas tabelas a partir da análise de cada contrato apresentado.

A resposta ao quesito 03 é irrelevante, conforme se demonstrará **no mérito**.

- Cerceamento do direito de defesa na fase inquisitória

O direito à ampla defesa e ao contraditório está previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal (CF), como já abordado. Nesse sentido, alega-se que é necessária a intimação do sujeito passivo para que exerça o seu direito à manifestação.

Contudo, entende-se que não existe determinação legal de prévia notificação do sujeito passivo ao lançamento. Ademais, os procedimentos de fiscalização e lançamento não estão regidos pelo princípio do contraditório, prevalecendo o princípio da inquisitorialidade. É que o procedimento de fiscalização assemelha-se ao inquérito policial, por se caracterizar pela inquisitorialidade, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa, pois nada foi ainda imputado ao contribuinte.

A defesa é exercida no processo, que se inicia com **a apresentação da impugnação da exigência fiscal**. Isso porque, o direito à ampla defesa e ao contraditório, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é uma garantia do processo administrativo, isto é, da fase litigiosa do procedimento fiscal, que só se inicia com a impugnação ao lançamento efetuado.

A Fiscalização tem o dever de ofício de verificar o correto cumprimento das obrigações pelo sujeito passivo e para isso dispõe de amplos poderes de investigação, podendo utilizar, além dos elementos obtidos junto ao investigado, quaisquer elementos de que disponha na repartição ou que sejam obtidos junto a terceiros, tais como, bancos e instituições financeiras.

Assim, entende-se que a ausência de prévia intimação do contribuinte não caracteriza preterição do direito de defesa, pois não traz qualquer prejuízo ao contribuinte, e, portanto, não é motivo para suscitar a nulidade do lançamento. Basta que o auto de infração atenda ao disposto na Lei nº 5.172, de 1966, Código Tributário Nacional (CTN) e no art. 39 do Decreto nº 7.574, de 29/09/2011, ou seja, identifique a matéria tributada e contenha a fundamentação legal correlata, permitindo a ampla defesa do contribuinte via impugnação.

Aduz-se que a contestação das informações contidas no auto de infração, dos documentos juntados ou até mesmo de eventuais irregularidades somente pode ser realizada em momento posterior, com a apresentação da impugnação, iniciando o devido processo administrativo, já que o litígio inicia-se com a impugnação da exigência fiscal, de acordo com o disposto no art. 56 do Decreto nº 7.574, de 29/09/2011.

Nesse sentido, o lançamento, que é ato administrativo vinculado e obrigatório realizado pela autoridade fiscal com o objetivo de verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, calcular o montante devido e, se for o caso, aplicar a penalidade devida, é efetuado sem o contraditório do sujeito passivo, salvo nos casos em que a autoridade administrativa considera necessária sua prévia manifestação. Porém, é de se destacar que a prudência recomenda a concessão de amplas oportunidades de apresentação de elementos necessários à apuração dos fatos.

Isso não obstante, há situações em que a própria legislação tributária determina a prévia intimação do sujeito passivo para prestar esclarecimentos ou comprovações, sem as quais o lançamento poderá ser anulado. Porém, mesmo nesses casos, entende-se que não há que se falar em contraditório, pois inexistente o processo, ainda que seja necessário observar tais requisitos, sob pena de não se lograr êxito na autuação.

Destaca-se que é importante que os elementos coletados sejam suficientes para caracterizar a infração tributária, a qual deverá estar devidamente descrita, de forma a se permitir a compreensão do seu mérito.

Jurisprudência Administrativa.

Na 2ª instância do Contencioso Administrativo, observa-se que a jurisprudência é pacífica em negar a ocorrência de cerceamento da defesa durante o procedimento fiscal de lançamento, salvo nos casos em que há determinação expressa em lei sobre a questão.

Trecho da Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Preliminar. Nulidade. Cerceamento DO DIREITO de defesa. As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa só se manifestam com o processo administrativo, iniciado com a impugnação do auto de infração. Não existe cerceamento do direito de defesa durante o procedimento de fiscalização, procedimento inquisitório que não admite contraditório. (ACÓRDÃO CC nº 201-81498)

Trecho da Ementa: ADMISSÃO TEMPORÁRIA. DEVIDO PROCESSO LEGAL E CERCEAMENTO DE DEFESA. Não há que se alegar cerceamento ao amplo direito de defesa, quando nos autos se comprova que foi assegurado ao contribuinte o direito ao contraditório e a ampla defesa no curso do processo, a partir da instauração da fase litigiosa através da impugnação tempestivamente apresentada e obedecido o devido processo legal, nos termos da lei processual vigente (Decreto 70.235/72). (ACÓRDÃO CC nº 301-33707)

Trecho da Ementa: FASE DE APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - INAPLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – Garantia constitucional que opera a partir da inauguração do litígio, com a apresentação da impugnação tempestiva, não sendo pertinente pretender que desdobramentos dessa garantia, como o direito de oferecer e produzir provas, atue na fase averiguatória do procedimento, submetida ao princípio da inquisitorialidade. (ACÓRDÃO CC nº 106-15779)

Trecho da Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO – CERCEAMENTO DE DEFESA – FALTA DE INTIMAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA – Não é causa de nulidade do lançamento de ofício, a falta de intimação do sujeito passivo sobre as irregularidades apuradas durante a ação fiscal, caso a autoridade autuante entender desnecessário tal procedimento. (ACÓRDÃO CC nº 101-95473)

Trecho da Ementa: PROCEDIMENTO FISCAL - CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA - Por ter o procedimento fiscal natureza inquisitória, não se aplica nessa fase o direito ao contraditório e à ampla defesa. Somente após cientificado da exigência e dos elementos em que se funda, pode o contribuinte impugnar a exigência, devendo para tanto ser-lhe franqueadas amplas condições para o exercício do direito de defesa. Verificando-se que o auto de infração e seus anexos permitem ao autuado amplas condições de conhecer os fundamentos da exigência e, portanto, exercer o amplo direito ao

contraditório, não há falar-se em cerceamento do direito de defesa. (ACÓRDÃO CC nº 104-21003)

Jurisprudência Judicial.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), há decisões que consideram necessária a exigência de notificação prévia do início do procedimento fiscal de lançamento, uma vez que a defesa do contribuinte pode se dar antes da finalização do ato administrativo do lançamento.

Tais decisões defendem a notificação da parte sobre a verificação de débito por parte do Fisco, dando-se, inclusive, oportunidade ao contribuinte para prestar esclarecimentos, por exemplo, acerca da Declaração referente ao IRPJ. Tais esclarecimentos, segundo o STJ, podem evitar o lançamento de ofício, caso se comprove a inexistência de débitos, ou justificar a correta lavratura do auto de infração.

Ementa: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTIGOS 156 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, 14 DO DECRETO-LEI 70.235/72, 79 DO DECRETO 1041/94, E 82, § 2º, DO RIR/94. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ARTIGO 161, § 1º, DO CTN. TAXA SELIC. NÃO-IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO ACÓRDÃO. SÚMULA 126/STJ. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO POR VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 173 E 174 DO CTN E NESTA PARTE PROVIDO.

1. Cuida-se de recurso especial (fls. 241/275) interposto [...], em face de acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementados: "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IRPJ. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. NULIDADE CDA. NULIDADE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. DEDUÇÕES INCORRETAS. SELIC. [...] 4. A partir da notificação do contribuinte o crédito tributário já existe., mas ainda está sujeito à sua desconstituição na via administrativa se for impugnado. Nos termos do artigo 151, III, do Código Tributário Nacional, a interposição de recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário enquanto pendente de decisão. [...] 8. Não há exigência de notificação prévia do ato de inscrição em dívida ativa, mas sim do início do procedimento de lançamento, pois a defesa se dá antes da finalização do ato administrativo do lançamento. 9. Foi a parte notificada da verificação de débito por parte do Fisco, tendo lhe sido dado, inclusive, oportunidade para prestar esclarecimento acerca da Declaração referente ao IRPJ de 1995. Juntamente com o pedido de prestação de esclarecimento, foi exposto ao contribuinte que o descumprimento a tal disposição poderia gerar o lançamento de ofício dos débitos, forte no artigo 889, II, do RIR, aprovado pelo Decreto n. 1.041/94. A parte autora apresentou documentos a fim de comprovar a inexistência de débitos. Contudo, tais

documentos apenas serviram para comprovar que efetivamente a parte havia efetuado deduções indevidas, gerando a correta lavratura do auto de infração.

(...). (STJ, Primeira Turma; REsp nº 789362; Relator Ministro José Delgado; DJe 8/6/06

No mesmo sentido, consolidou-se a jurisprudência deste Conselho, conforme se infere do enunciado da Súmula CARF nº 46, que segue transcrito:

O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário.

Portanto, revela-se de todo descabida a alegação de mácula dos respectivos TSPS, em razão da necessidade de prévio procedimento fiscal contra as pessoas físicas arroladas como sujeitos passivos solidários.

No caso, o questionado auto de infração atende todos os requisitos do art. 10 do Decreto 70.235/1972. E o Relatório de Procedimento Fiscal que o integra contém todos os dados e informações necessários e suficientes para o perfeito conhecimento das irregularidades tributárias e aduaneiras imputadas aos sujeitos passivos principal e solidários.

E na fase de instrução ou inquisitorial do procedimento fiscal, sabidamente, não há qualquer determinação legal no sentido de obrigar a fiscalização instaurar procedimento contra cada um dos responsáveis solidários, ou até mesmo cientificar todos eles da instauração e do curso do procedimento realizado contra o contribuinte fiscalizado. Tais medidas somente serão adotadas, se curso do procedimento elas se revelarem indispensáveis, para fins de instrução processual, o que não ocorreu na autuação em apreço.

Por essas razões, diferentemente do alegado, não há que falar em prejuízo ao direito de defesa e tampouco em vulneração do contraditório, no curso da fase de procedimental ou de instrução. Em decorrência, revela-se de todo inapropriado alegar cerceamento do direito de defesa antes de iniciado o prazo para a impugnação do lançamento, que, se apresentada tempestivamente pelo autuado, instaura a fase litigiosa do processo, nos termos do art. 14 do Decreto 70.235/1972.

- Nulidade por vício material do lançamento: Inexistência de demonstração do fato gerador do IOF

Nos limites da autorização constitucional e do fixado no CTN, a Lei nº 9.779, de 1999, em seu art. 13, *caput*, estabeleceu, de forma expressa, que os mútuos de recursos financeiros realizados entre pessoas jurídicas, como no presente caso, sujeitam-se à incidência do IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras. Tal disposição não distinguiu, de modo algum, o fato de tratarem-se de empresas do mesmo grupo.

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.

É alegado às folhas 06 do Recurso Voluntário:

De fato, da análise de desses dispositivos, conclui-se: para que ocorra o fato gerador é necessário que uma instituição financeira disponibilize a terceiro um valor, objeto de contrato (de empréstimo, p. ex.). E mais, o contribuinte é a instituição financeira.

Dessa forma, há vício no lançamento tendo em vista que a Recorrente não se adéqua à descrição contida na norma (art. 1º e 4º da Lei nº 5.143/1966) como contribuinte do IOF, ou seja, a Recorrente não é instituição financeira. Sendo assim, é evidente a ilegitimidade passiva da Recorrente, motivo pelo qual deve ser desconstituído o Auto de Infração, sob pena de negativa de vigência aos arts. 1º e 4º da Lei nº 5.143/1966.

Dos claros termos da norma acima transcrita decorre que o imposto incide não só nas operações de crédito intermediadas por instituição financeira, como também nas operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros realizadas entre quaisquer pessoas jurídicas, ou entre pessoa jurídica e pessoa física, sendo também irrelevante que as operações realizadas tenham se dado entre empresas do mesmo grupo econômico, pois o dispositivo legal retromencionado, em nenhum momento, assim distinguiu, bastando que referidas operações se caracterizem como mútuo, observando-se para tanto, a definição contida no abaixo transcrito art. 586 do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 2002), o qual que manteve a redação do art. 1256 do Código Civil anterior (Lei 3.071, de 1916):

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

No mesmo sentido, as disposições abaixo transcritas dos artigos 2º, I, “c” e art. 3º, § 3º, I e III do Regulamento do IOF (Decreto nº 6.306, de 2007), já presentes nos arts. 2º, I, “c” e art. 3º, § 4º, I, III do Regulamento que o antecedeu (Decreto nº 4.494, de 2002):

“Art. 2º O IOF incide sobre:

I - operações de crédito realizadas:

a) por instituições financeiras (Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, art. 1º);

(...)

c) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, art. 13);

(...)

“Art. 3º O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado (Lei nº 5.172, de 1966, art. 63, inciso I).

(...)

§ 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);

(...)

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

DOS RESPONSÁVEIS

Art. 5º São responsáveis pela cobrança do IOF e pelo seu recolhimento ao Tesouro Nacional:

I - as instituições financeiras que efetuarem operações de crédito (Decreto-Lei nº 1.783, de 1980, art. 3º, inciso I);

II - as empresas de factoring adquirentes do direito creditório, nas hipóteses da alínea "b" do inciso I do art. 2º (Lei nº 9.532, de 1997, art. 58, § 1º);

III - a pessoa jurídica que conceder o crédito, nas operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros (Lei nº 9.779, de 1999, art. 13, § 2º).”

(Grifo e negrito nossos).

Frise-se, ainda, que antes mesmo da edição da Lei nº 9.779, de 1999, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 17638/DF, já havia adotado posicionamento no sentido de que o âmbito constitucional de incidência possível do IOF sobre operações de crédito não se restringe às praticadas por instituições financeiras:

EMENTA: IOF: incidência sobre operações de factoring (L. 9.532/97, art. 58): aparente constitucionalidade que desautoriza a medida cautelar. **O âmbito constitucional de incidência possível do IOF sobre operações de crédito não se restringe às praticadas por instituições financeiras**, de tal modo que, à primeira vista, a lei questionada poderia estendê-la às operações de factoring, quando impliquem financiamento (factoring com direito de regresso ou com adiantamento do valor do crédito vincendo — conventional factoring); quando, ao contrário, não contenha operação de crédito, o factoring, de qualquer modo, parece substantivar negócio relativo a títulos e valores mobiliários, igualmente susceptível de ser submetido por lei à incidência tributária questionada.”(destaquei)

Esse assunto também já foi levado ao antigo Conselho de Contribuintes, e ao atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF - onde foi confirmado o entendimento acima exposto. Cita-se como exemplo o Acórdão 3301-00.217, de 14/08/2009, disponível no site do CARF na internet, assim ementado:

“IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF (...),

mútuo entre empresas ligadas. incidência do IOF. As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre quaisquer pessoas jurídicas ou entre qualquer pessoa jurídica e pessoa física sujeitam-se à incidência do IOF, ainda que o concedente do crédito não seja instituição financeira nem entidade a ela equiparada. Recurso voluntário provido em parte.(...)”

A relação de documentos a pouco mencionadas, em particular o referente ao Razões Contábeis - folhas 363 à 417 do processo digital – e Livros Razão -: folhas 418 à 435 do processo digital -, demonstram a data de percepção dos recursos, o que implica na entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, fato gerador do IOF, consoante o dispositivo transcrito.

Essa informação foi apresentada de forma didática tanto no Demonstrativo de Cálculos do IOF - folhas 436 à 492 do processo digital – como no próprio Auto de Infração - folhas 500 à 506 do processo digital -.

- Vício material do lançamento: insuficiência de elementos para o cálculo do montante do tributo;

Sobre a base de cálculo, o Artigo 7º assim dispõe:

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).

(Grifo e negrito nossos)

A regra transcrita estabelece que a base de cálculo na operação de empréstimo, sob qualquer modalidade, quando não ficar definido o valor do principal, é o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês.

A alíquota, no caso de pessoa jurídica, é de 0,0041%.

A base de cálculo do IOF foi detalhada pela fiscalização no Demonstrativo de Cálculos do IOF: folhas 436 à 492 do processo digital.

É alegado às folhas 07 do Recurso Voluntário:

Ocorre que, ao contrário das instituições financeiras, o contrato e a existência de caixa não implicam na efetivação do empréstimo, o qual deve ser demonstrado pela autoridade fiscal, por meio da prova efetiva da entrega ou colocação a disposição do montante objeto do contrato, atendendo aos termos do art. 142, do CTN. De forma ainda mais clara: deve demonstrar a data da efetiva entrega ou a data da disponibilização do valor, não bastando identificação de saldo no exercício financeiro ou no final de cada mês.

Inclusive, a inexistência da demonstração da ocorrência do fato gerador, gera verdadeiro cerceamento de defesa, pois a recorrente não pode sequer impugnar os valores que a autoridade fiscal considerou efetivamente entregues ou colocados à disposição das pessoas físicas e jurídicas mencionadas, pois tal ato não foi identificado!

De fato, não existe prova de extratos, contas depositadas, movimentações bancárias de transferência, ou mesmo recebidos de pagamento em relação aos empréstimos que a autoridade afirma existir. E cabe frisar que não se trata de hipótese legal de presunção, pelo que não há que se falar em lançamento fundado em meros indícios.

(Grifo e negrito próprios do original)

Não assiste razão à Recorrente.

O argumento trazido é próprio e específico para transações em instituições financeiras, na clara intenção de sinalizar que a incidência do IOF não aconteceria fora desse âmbito.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 17638/DF, já havia adotado posicionamento no sentido de que o âmbito constitucional de incidência possível do IOF sobre operações de crédito não se restringe às praticadas por instituições financeiras.

Portanto, a mera operação de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas, como reportado pela fiscalização nos presentes autos - Contratos de Mútuo: folhas 181 à 325 do processo digital; Recibos: folhas 326 à 348 do processo digital – já se traduz em suporte fático para a ocorrência do fato gerador do IOF.

- Impossibilidade de exigir IOF de operações de direitos creditórios, bem como de operações de crédito entre empresas ou sócios do mesmo grupo econômico;

Como já exposto no tópico anterior, a expressão “operações de crédito” compreende as operações de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (Lei nº 9.779, de 1999, art. 13).

Onde o legislador não distinguiu não cabe ao interprete fazê-lo. A letra da Lei não faz qualquer segregação quanto a operações de crédito entre empresas ou sócios do mesmo grupo econômico.

Portanto, incide o IOF.

- Multa em percentual confiscatório.

Multa de ofício. Previsão legal e percentual.

O litigante investe contra a aplicação da multa qualificada de 75%, que diz ser confiscatória e injustificada. O dispositivo aplicado, conforme indicado no auto de infração, foi o inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que, expressa e objetivamente, prevê:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: **(Vide MEDIDA PROVISÓRIA Nº 351 - DE 22 DE JANEIRO DE 2007 - DOU DE 22/1/2007 - Edição extra) Alterada pela LEI Nº 11.488 - DE 15 DE JUNHO DE 2007 - DOU DE 15/5/2007 - Edição extra**

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)” (Grifou-se.)

A multa de ofício calculada sobre o valor do imposto cuja falta de recolhimento se apurou, está em consonância com a legislação de regência, sendo o percentual 75 % o legalmente previsto para a situação descrita no Termo de Verificação Fiscal, não se podendo, em âmbito administrativo, reduzi-lo ou alterá-lo por critérios meramente subjetivos, contrários ao princípio da legalidade.

Considerações sobre a graduação da penalidade, no caso, não se encontram sob a discricionariedade da autoridade administrativa, uma vez definida objetivamente pela lei, não dando margem a conjecturas atinentes à ocorrência de efeito confiscatório ou de ofensa ao princípio da capacidade contributiva. Nesse sentido, qualquer pedido ou alegação que ultrapasse a análise de conformidade do ato administrativo de lançamento com as normas legais vigentes, em franca ofensa à vinculação a que se encontra submetida a instância

administrativa (art. 142, parágrafo único, do CTN), como a contraposição a princípios constitucionais, somente podem ser reconhecidos pela via competente, o Poder Judiciário.

Desse modo, deve-se considerar correta a aplicação da multa de lançamento de ofício ao percentual de 75%, definido em lei, sobre os valores do imposto não recolhido, rejeitando-se a contestação de que não haveria previsão legal para tanto.

- Da alegação de contrato de conta corrente

A Impugnante argumenta que as operações identificadas em sua contabilidade não correspondem a contrato de mútuo de recursos financeiros, mas a de contrato de conta corrente, o que afastaria a incidência do imposto. Realmente, pode não haver incidência do IOF sobre transferências decorrentes do contrato típico de conta corrente, de maneira que se faz necessário caracterizar a operação identificada pela fiscalização como correspondente ao mútuo de recursos financeiros.

A terminologia empregada pela fiscalização é mero reflexo daquela utilizada na Instrução Normativa nº 907/09, que revela não se dirigir ao contrato típico de conta corrente de que trata o artigo 4º, § 2º, “b”, da Lei nº 7.357/85 (Lei do Cheque). O texto do artigo 7º, § 2º, da referida IN, abaixo transcrito, não deixa dúvidas de que o termo “conta corrente” foi utilizado no sentido contábil para indicar o modo como os créditos liberados para o mutuário e amortizações são registrados na contabilidade do mutuante.

Art. 7º O IOF incidente sobre operações de crédito concedido por pessoas jurídicas não financeiras, de que trata o art. 13 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, incide somente sobre **operações de mútuo que tenham por objeto recursos em dinheiro, disponibilizados sob qualquer forma.**

§ 1º O imposto de que trata o caput tem como:

- contribuinte, **o mutuário**, pessoa física ou jurídica;
- fato gerador, **a entrega do montante** ou do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do mutuário; e
- base de cálculo, o valor entregue ou colocado à disposição **do mutuário.**

§ 2º Nas **operações de crédito realizadas por meio de conta corrente sem definição do valor de principal**, a base de cálculo será o somatório dos saldos devedores diários, apurado no último dia de cada mês.

§ 3º Nas **operações de crédito realizadas por meio de conta corrente em que fique definido o valor do principal**, a base de cálculo será o valor de cada principal entregue ou colocado à disposição do mutuário.

Entendo ser clara a intenção de utilizar a noção contábil de conta corrente, onde se registram sequências de créditos e débitos, em contraste com operações de crédito determinadas e individualizadas, para informar o modo de apuração da base de cálculo.

Ademais, o simples fato de uma pessoa jurídica elaborar uma conta corrente onde lança todos os movimentos a crédito e a débito, que expressam suas relações com outra pessoa jurídica, não significa que existe um típico contrato de conta corrente, porque aquele procedimento de escrituração das transações (conta corrente) não se confunde com a existência de uma convenção (contrato de conta corrente) em que ambas as partes lançam a débito e a crédito valores que reciprocamente se obrigam a entregar à outra e de só exigir o saldo final que eventualmente existir, na data ajustada.

Prosseguindo na análise da operação realizada é necessário ter em mente que há distinção entre o contrato de conta corrente e o de mútuo, cujas peculiaridades são fundamentais para identificação da operação sujeita à incidência do IOF, razão pela qual a Impugnante se defende com o argumento de que se trata de contrato de conta corrente, não de mútuo.

Pois bem, o contrato de conta corrente possui características próprias que devem ser observadas pelos grupos econômicos que desejam adotar uma gestão financeira unificada em uma das pessoas do grupo. No contrato de conta corrente duas ou mais pessoas jurídicas convencionam fazer remessas sucessivas e recíprocas de valores anotando os créditos e débitos em uma conta única a fim de verificar o saldo exigível ao final de certo prazo. Durante a vigência do contrato as partes não podem julgar-se credoras umas das outras, haja vista que o montante das remessas forma um todo homogêneo que somente voltará a individualizar-se ao término do prazo ajustado, quando poderá haver a cobrança de juros e até ser objeto de execução.

No contrato de mútuo há o empréstimo de coisas fungíveis, onde o mutuário fica obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, nos termos do artigo 586 e seguintes do CC/2002. Neste caso, os lançamentos contábeis, de fls. 363/435, realmente se harmonizam com uma operação de mútuo, onde a Impugnante manteve uma linha de crédito (rotativo) para cada uma das pessoas ligadas, a fim de disponibilizar recursos financeiros, inclusive com a cobrança de juros e IOF, que eram debitados na mesma conta.

Os documentos apresentados pela Impugnante, inclusive os lançamentos contábeis do período, não são capazes de comprovar a tese de que se trata de contrato de conta corrente, pelo contrário, reforçou a convicção de que se trata de mútuo, dado a força probatória da escrituração contábil, nos termos dos artigos 417 a 419 do CPC/15. Não há elementos no processo que apontem para a existência de uma conta única, com remessas sucessivas e recíprocas das pessoas ligadas, nem documentos auxiliares de registro das operações que evidenciassem um verdadeiro contrato de conta corrente.

A questão, também, não se resume somente em comprovar a existência de verdadeiro contrato de conta corrente para afastar a incidência de IOF, se dessa operação resultar a concessão de empréstimo de umas para as outras. O artigo 13 da Lei 9.779/99 estabeleceu que o fato gerador do IOF é a operação de crédito correspondente a mútuo de recursos financeiros e não a operação ou contrato de mútuo em si.

Vale afirmar que, no curso de um típico contrato de conta corrente, poderá haver a incidência do IOF sobre os recursos financeiros disponibilizados, que importem em operação de crédito em favor de uma das contratantes. Pois, não é o contrato de mútuo o alvo da lei, mas o negócio jurídico que corresponda a mútuo de recursos financeiros, o que pode estar acobertado no contrato de conta corrente.

Por ser elucidativo cabe colacionar a ementa e parte do voto do Eminente Min. Mauro Campbell do STJ:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.239.101 - RJ (2011/0033476-0) TRIBUTÁRIO. IOF. TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO CORRESPONDENTES A MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. ART. 13, DA LEI N. 9.779/99.

O art. 13, da Lei n. 9.779/99 caracteriza como fato gerador do IOF a ocorrência de "operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas " e não a específica operação de mútuo. Sendo assim, no contexto do fato gerador do tributo devem ser compreendidas também as operações realizadas ao abrigo de contrato de conta corrente entre empresas coligadas com a previsão de concessão de crédito.

Recurso especial não provido.

VOTO

(...)

Com efeito, o que a lei caracteriza como fato gerador do IOF é a ocorrência de "operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas " e não a específica operação de mútuo.

(...)

Sendo assim, o contrato de mútuo, longe de ser a única espécie contratual a ser tributada, é tido por um modelo cujas características essenciais devem ser buscadas em outras espécies de contrato que envolvam operações de crédito para que possam ser alcançadas pela hipótese de incidência do IOF.

É por esse motivo que o §1º, do art. 13, da lei citada considera ocorrido o fato gerador do tributo na data da concessão do crédito.

O contrato de abertura de crédito que a recorrente celebra estabelece que a controladora disponibiliza créditos às controladas, que poderão utilizá-los tota ou parcialmente. A remuneração do capital emprestado são os juros sobre o capital da controladora disponibilizado às controladas.

Nesse sentido, não resta dúvida que as operações realizadas ao abrigo de contrato de conta corrente entre empresas coligadas, com a previsão de concessão de crédito, são verdadeiras operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros, na medida em que, em todos os casos, é disponibilizado numerário de forma imediata para pagamento futuro a depender do saldo existente.

Nesta mesma linha interpretativa seguiu a Solução de Consulta nº 50 de 26/02/2015, em que o contribuinte questionou a interpretação do artigo 13 da Lei nº 9.779/99, quanto à possibilidade de utilização de contas correntes com empresas ligadas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF OPERAÇÃO DE MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS POR MEIO DE CONTA CORRENTE. INCIDÊNCIA. O IOF previsto no art. 13

da Lei nº 9.779, de 1999, incide sobre as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros, independentemente da forma pela qual os recursos sejam entregues ou disponibilizados ao mutuário. Dessa forma, ocorre o fato gerador do imposto nas operações de crédito dessa natureza também quando realizadas por meio de conta corrente, sendo irrelevante ainda a relação de controle ou coligação entre as pessoas jurídicas envolvidas.

(...)

Claro está que, para fins da incidência do IOF instituída pelo art. 13 da Lei nº 9.779, de 1999, deve-se verificar tão somente se estão presentes, no caso concreto, as características essenciais do mútuo, sendo irrelevantes aspectos formais mediante os quais a operação se materializa, bem como a natureza de vinculação entre as partes. Dessa forma, uma vez identificados os atributos inerentes a essa espécie de empréstimo (art. 586 do CC), a operação deve sujeitar-se a incidência do imposto, independentemente de o crédito estar sendo entregue ou disponibilizado por meio de conta corrente ou por qualquer outra forma.

Convém informar ainda que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui entendimento alinhado à compreensão da RFB sobre a matéria. Reproduz-se abaixo ementa do Recurso Especial nº 1.239.101 - RJ (2011/33476-0), que assenta a irrelevância da nomenclatura contratual adotada (“contrato de conta corrente”) para se cogitar da incidência ou não do imposto, sendo determinante para isso que, essencialmente, se trate de operação de crédito correspondente a mútuo:

(...)

Tendo em vista o entendimento aqui fundamentado, propõe-se seja a consulta solucionada, declarando-se à consulente que o imposto previsto no art. 13 da Lei nº 9.779, de 1999, incide sobre as operações de mútuo que tenham por objeto recursos financeiros, independentemente da forma pela qual estes sejam entregues ou disponibilizados. Dessa forma, ocorre o fato gerador do imposto nas operações de crédito dessa natureza realizadas por meio de conta corrente, sendo irrelevante ainda a relação de controle ou coligação entre as pessoas jurídicas envolvidas.

Também, em sintonia com os entendimentos expressos acima estão os precedentes do CARF sobre o tema:

IOF. CONTA CORRENTE. RECURSOS DE EMPRESAS DO MESMO GRUPO EMPRESARIAL. UTILIZAÇÃO. INCIDÊNCIA.

A utilização de recursos financeiros disponibilizados por pessoas jurídicas, pertencentes ou não a um mesmo grupo empresarial, em contas correntes, por um dos correntistas, em montante superior ao seu valor de ingresso constitui fato gerador do IOF, por força de previsão constante do art. 13 da Lei nº 9.779/99, restando caracterizada operação de crédito em sua acepção ampla. (CARF - Acórdão 3401-002.490, 4ª Câmara / 1ª turma Ordinária, sessão de 29/01/14).

MÚTUO, SEM PRAZO, DE RECURSOS FINANCEIROS POR MEIO DE CONTA- CORRENTE. BASE DE CÁLCULO.

Nas operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas, sem prazo, realizado por meio de conta-corrente, a

base de cálculo do IOF é o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês.

LANÇAMENTO. REGISTROS CONTÁBEIS. ALEGAÇÃO DE ERROS NA CONTABILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO. Tendo sido o **lançamento fundamentado nos registros contábeis da autuada, cabe a esta comprovar a inexatidão destes registros**, e, quando não logra fazê-lo, deve ser mantida a autuação. (CARF - Acórdão 3302-002.264, 3ª Câmara / 2ª turma Ordinária, sessão de 20/08/13).

IOF. MÚTUO ENTRE EMPRESAS LIGADAS. CONTRATO DE CONTA CORRENTE COM ABERTURA DE CRÉDITO. INCIDÊNCIA. **As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas do mesmo grupo empresarial**, através de contrato de conta corrente com abertura de **crédito rotativo, sujeitam-se à tributação** pelo IOF, nos termos do artigo 13 da Lei n. 9.779/99. ÔNUS DA PROVA. DEFESA. FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS OU EXTINTIVOS.

Cabe à defesa a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão fazendária. (CARF - Acórdão 3402-003.019, 4ª Câmara / 2ª turma Ordinária, sessão de 26/04/16).

Por fim, sobre o assunto assim se manifesta o artigo 7º da Instrução Normativa RFB nº 907/2009:

Da Incidência do IOF sobre Operações de Mútuo

Art. 7º O IOF incidente sobre operações de crédito concedido por pessoas jurídicas não financeiras, de que trata o art. 13 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, incide somente sobre operações de mútuo que tenham por objeto recursos em dinheiro, disponibilizados sob qualquer forma.

§ 1º O imposto de que trata o caput tem como:

I - contribuinte, o mutuário, pessoa física ou jurídica;

II - fato gerador, a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do mutuário; e

III - base de cálculo, o valor entregue ou colocado à disposição do mutuário.

§ 2º Nas operações de crédito realizadas **por meio de conta corrente sem definição do valor de principal**, a base de cálculo será o somatório dos saldos devedores diários, apurado no último dia de cada mês.

§ 3º Nas operações de crédito realizadas **por meio de conta corrente em que fique definido o valor do principal**, a base de cálculo será o valor de cada principal entregue ou colocado à disposição do mutuário.

(Grifo e negrito nossos)

Diante de tudo que foi exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso da Contribuinte.

É como voto.

Jorge Lima Abud