



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

Processo n° 11624.720097/2014-63
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-006.107 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de outubro de 2018
Matéria IOF. OCORRÊNCIA DE MÚTUO.
Recorrente A.C. COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

MÚTUO ENTRE EMPRESAS.

Caracteriza mútuo entre empresas a transformação, todo final de ano, de dívida da mutuária, presente no circulante da mutuante, em dívida do realizável a longo prazo.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO APLICABILIDADE.

O art. 161 do Código Tributário Nacional CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o *caput* do artigo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Jorge Lima Abud (relator), Walker Araújo e José Renato Pereira de Deus. Designado o Conselheiro Corinthians Oliveira Machado para redigir o voto vencedor.

Paulo Guilherme Déroulède

Presidente

(assinado digitalmente)

Jorge Lima Abud

Relator

(assinado digitalmente)

Corintho Oliveira Machado

Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Guilherme Déroulède, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Walker Araújo, Corintho Oliveira Machado, José Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Diego Weis Junior e Raphael Madeira Abad.

Relatório

Trata o presente processo de auto de infração, lavrado em 29/11/2013, 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\$ 1.837.912.35.

A empresa A C Comercial Importadora e Exportadora Ltda. celebrou contrato de industrialização por encomenda com a empresa Indústrias Todeschini S/A, CNPJ 76.483.890/0001-00 (atual ITSA Indústrias S/A), em 21/11/2006, pelo qual adquire a matéria-prima e as embalagens necessárias ao processo e as remete à industrializadora (ITSA), que fabrica produtos alimentícios (massas e biscoitos) e envia os produtos acabados à contratante (A C Comercial), para comercialização. Um típico caso de industrialização por encomenda (documento 07).

O contrato estipula que, como remuneração pelos serviços de industrialização por encomenda prestados pela Todeschini (ITSA), a A C Comercial pagará mensalmente “o valor correspondente à integralidade dos custos de produção inerentes ao processo de industrialização” (Cláusula Quinta), além de uma quantia de R\$ 130.000,00 mensais (Parágrafo Primeiro da Cláusula Quinta).

Na prática a A C Comercial arca com todos os custos da Todeschini.

O valor dos adiantamentos feitos em um mês não coincide exatamente com o total dos pagamentos, restando então um saldo entre as duas contas consideradas em conjunto. Para se ter uma idéia, no início de 2009 o saldo (devedor) da conta de adiantamento 117040 era 25.778.681,02, e o saldo (credor) da conta redutora (-) 117042 era de 29.521.070,63. Diante destes números, à primeira vista pode parecer que o total dos pagamentos à Todeschini até aquela data superava o total dos adiantamentos, mas não é isso que ocorre, conforme a explicação a seguir.

O saldo credor da conta redutora (-) 117042 aumenta mês a mês, ano a ano. Ao contrário, a conta dos adiantamentos (117040), depois de receber no fim de cada ano um

acréscimo substancial em seu saldo a título de juros sobre mútuo, tem parte de seu valor transferido para uma conta de adiantamento a fornecedor com vencimento a longo prazo.

Portanto, considerando-se também os adiantamentos com vencimento a longo prazo, cujo saldo no início de 2009 era de 15.267.677,86 (devedor), o saldo total dos adiantamentos feitos à Todeschini e ainda não baixados por pagamentos pelos serviços de industrialização era, no início daquele ano (01/01/2009):

$$25.778.681,02 - 29.521.070,63 + 15.267.677,86 = 11.525.288,25 \text{ (devedor)}$$

Em síntese, os adiantamentos não baixados com pagamentos pelos serviços de industrialização formam um mútuo de recursos financeiros entre as empresas, inclusive anualmente acrescido de juros. Tal mútuo não possui valor e prazo definidos ou contrato formalmente celebrado entre as partes, conforme informou a A C Comercial na resposta ao item 2 do Termo de Intimação Fiscal nº 03.

Caracteriza-se, portanto, a situação de empréstimo sem valor definido, prevista na alínea “a” do inciso I do art. 7º do Decreto nº 6.306, de 2007. A A C Comercial, como responsável pela cobrança e recolhimento do IOF, pois é a pessoa jurídica que concedeu o crédito, não declarou nas DCTF dos anos de 2009 a 2011 e nem efetuou os devidos recolhimentos.

A empresa A.C. COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA foi cientificada do presente auto de infração, pessoalmente, em 02/12/2013 (folhas 333).

Foi apresentada impugnação em 02/01/2014, de folhas 341 à 362.

Alegou-se que:

- ✓ O presente auto de infração carece do devido MPF - Mandado de . Procedimento Fiscal, de forma a conferir maior segurança ao sujeito passivo quanto as informações que lhe são devidas quanto a aplicação da penalidade que lhe é imposta;
- ✓ Deve-se ter em mente, inicialmente, que para que ato ou medida adotada pelo Ente Tributante tendente a impor qualquer espécie tributária seja válido, deverão ser observados os critérios dispostos na Rega-Matriz de incidência, integrantes das normas jurídicas;
- ✓ A premissa a ser adotada é que não pode deixar de fazer parte ao reconhecimento ou não de incidência de IOF é se de fato houve pratica de mútuo;
- ✓ Os fatos praticados pela contribuinte nos anos-calendários de 2009, 2010 e 2011 somente podem adentrar ao mundo jurídico sob a chancela de compra e venda de produtos alimentares e serviços de industrialização;
- ✓ Em consideração do ordenamento jurídico, a conduta da Fazenda Pública não pode sobrepor-se aos conceitos jurídicos pertencentes ao

sistema normativo, pois não é permitido exigir do contribuinte prática ou omissão de conduta senão em virtude de lei. Ao proceder dessa forma fica mantida a segurança jurídica das relações através da efetiva unicidade conceitual, já que o direito deve ser visto como um todo a agir de forma harmoniosa entre suas vertentes, necessárias para fins didáticos, mas com a mesma base ontológica, conforme sentido proposto pelo artigo 110 do Código Tributário Nacional;

- ✓ Por outro lado, o uso de metodologia científica na busca de conclusão sobre a natureza jurídica das operações mercantis praticadas pela empresa Recorrente é imprescindível ao caso, especialmente para contrapor os fundamentos aventados pela Receita Federal, desmistificando-os através de ampla demonstração de que os critérios adotados pelo Ilustre agente fiscalizador não possuíam qualquer fundamento científico ou jurídico;
- ✓ Apesar dos procedimentos utilizados pela AC Comercial não terem sido os mais indicados e orientados por práticas contábeis convencionais, também não eram proibidos, apenas poderiam causar tumulto quanto à forma de sua prática ou mesmo na eventual análise de auditoria ou fiscalização, como de fato aparenta ter ocorrido;
- ✓ Portanto e diante de todos os argumentos até aqui expostos, com respectiva indicação probatória e de se concordar que, como a hipótese de incidência é a descrição de um fato jurídico tributário, quando este é praticado, para que o represente determinada espécie tributária, exige-se, no mínimo, identidade entre o abstrato (hipótese) e concreto (fato), sob pena de se tratar de outra figura jurídica, dada a tipicidade que assola o arcabouço das normas tributárias;
- ✓ A impugnante não nega a celebração dos negócios informados no procedimento fiscal, tanto é assim que todos estão devidamente registrados em diários e razão, o que não é de comum acordo é a classificação/qualificação do negócio, pois, como dito, há clara percepção de que não houve a prática de mútuo decorrente da concessão e crédito financeiro, mas apenas operações mercantis;
- ✓ Esta circunstância é clara diante dos documentos apresentados, através dos quais se pode perceber que houve o devido recolhimento de PIS, COFINS, pois qual seria o benefício que a empresa teria em fazer o recolhimento dos referidos encargos tributários se não por pura obrigação legal?. É completamente contraditório à realidade a conduta e o entendimento do Ilustre Auditor Fiscal, pois não há lógica em recolher PIS, COFINS e até mesmo ICMS, quando poderia ser feito unicamente como operação de crédito, com recolhimento de IOF;
- ✓ O estabelecimento de multas fiscais não pode induzir a violação ao princípio do não confisco, plasmado na Carta Maior. A relação de adequação deve ter como limite objetivo a restrição constitucional de gerar confisco;

- ✓ Não sendo o entendimento de V.Sas. pela total improcedência dos Autos de Infração, mister se faz o afastamento dos juros de mora sobre a multa de ofício.

- DO PEDIDO

Ante o exposto, requer seja julgado improcedente o Auto de Infração lavrado para cobrança de IOF, haja vista a comprovação da existência de prática relacionada à operações jurídicas mercantis de compra e venda de produtos alimentares e dos serviços de industrializações, as quais não ensejam a cobrança de IOF.

Ad argumentandum, requer seja reconhecida a inexigibilidade da multa de ofício prevista no art. 44, I da Lei nº 9.430/1996, ante a ausência de infração a legislação apontada.

Ad argumentandum tantum, não sendo o entendimento de V.Sas. pela total improcedência do Auto de Infração, requer seja reconhecida a inaplicabilidade do art. 61, §3º, da Lei nº 9.430/1996 (juros de mora) à multa de ofício exigida nos presentes autos, em respeito ao Princípio da Legalidade.

Em 08 de agosto de 2014, através do **Acórdão nº 07-35.359**, a 3ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento de Florianópolis/SC, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Entendeu a Turma que:

- ✓ Não há qualquer irregularidade na emissão do MPF pelo Delegado, aliás a mais comum emissão de MPF é a realizada por esta autoridade;
- ✓ Em momento algum, descaracterizou as operações realizadas pela empresa com sua contratada ITSA. O que se verificou foi a ocorrência de maior pagamento direcionado à contratada do que o fornecimento de produtos acabados enviados à AC Comercial, gerando sim, nos anos de 2009, 2010 e 2011, saldos em favor de AC, caracterizando mútuo financeiro entre as empresas. Diga-se que assim também entendia a Impugnante, tanto é que registrava lançamentos na conta 353007 - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA S/ MÚTUO.

Em 09 de setembro de 2014 (folhas 473), foi lançado Auto de Infração Complementar 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\$ 283.955,92.

A empresa A.C. COMERCIAL foi cientificada do Auto de Infração Complementar, em 11/09/2014, via aviso de recebimento, às folhas 483 do processo digital.

Foi apresentada NOVA IMPUGNAÇÃO em 13/10/2014, de folhas 489 a 492, em que resumidamente repisa os argumentos já apresentados.

O **Acórdão nº 07-35.897**, prolatado pela 3ª Turma da DRJ/FNS, na Sessão de 31 de outubro de 2014, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido, nos termos do relatório e voto do relator.

A impugnante foi cientificada da Decisão da Delegacia Regional de Julgamento, em 16/01/2015, via aviso de recebimento, às folhas 519 do processo digital.

Em 12/02/2015, ingressou com RECURSO VOLUNTÁRIO junto ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, apresentando suas razões, de folhas 521 a 534.

Foi alegado que:

- ✓ A proposta desta impugnação para que seja reconhecido o direito da impugnante e respectiva inexigibilidade de crédito tributário, dar-se-á através da desconstrução dos argumentos contidos no auto de infração, informando-os, sabendo-se que a conduta modalizada, adotada pelo Sr. Auditor Fiscal, não pode fazer parte do mundo jurídico por completa ausência de fato suficiente para tanto, o que significa que inexistiu fato, não houve atendimento da hipótese de incidência, muito menos pode-se falar em consequente normativo;
- ✓ Assim, após breve explicação e avaliação sobre a fenomenologia de incidência tributária do IOF, imprescindível ao correto entendimento da causa em apreço, far-se-á a exata distinção entre as operações praticadas pela empresa contribuinte e as operações consideradas pela Fiscalização da Receita Federal, demonstrando que o critério adotado não foi pautado pela ciência do direito, deixou de respeitar a correta definição de institutos estabelecidos pelo Direito Privado e aproveitadas pela Constituição Federal, cuja observação é obrigatória quando da incidência do Direito Tributário dada a superposição deste;
- ✓ Portanto, os fatos praticados pela contribuinte nos anos-calendários de 2009, 2010 e 2011 somente podem adentrar ao mundo jurídico sob a chancela de compra e venda de produtos alimentares e serviços de industrialização;
- ✓ Em consideração do ordenamento jurídico, a conduta da Fazenda Pública não pode sobrepor-se aos conceitos jurídicos pertencentes ao sistema normativo, pois não é permitido exigir do contribuinte prática ou omissão de conduta senão em virtude de lei. Ao proceder dessa forma fica mantida a segurança jurídica das relações através da efetiva unicidade conceitual, já que o direito deve ser visto como um todo a agir de forma harmoniosa entre suas vertentes, necessárias para fins didáticos, mas com a mesma base ontológica, conforme sentido proposto pelo artigo 110 do Código Tributário Nacional;
- ✓ Não pode assim o legislador ou administrador manipular conceitos jurídicos como se fosse um jogo de palavras, organizando-os de maneira a proporcionar aumento de receita, não importando o custo suportado pelos contribuintes. Esta atitude não possui respaldo jurídico e incorre em abuso de direito, como se constata no presente caso através da forma de agir do Ente Tributante ao considerar evento

fático como mútuo quando na verdade indica a prática de compra e venda;

- ✓ Por outro lado, frise-se, tais valores apurados pelos Ilustres Auditores Fiscais, como passíveis de incidência de IOF, não correspondem a realidade com os valores registrados e apresentados pela contabilidade da ora impugnante;
- ✓ O estabelecimento de multas fiscais não pode induzir a violação ao princípio do não confisco, plasmado na Carta Maior. A relação de adequação deve ter como limite objetivo a restrição constitucional de gerar confisco;
- ✓ Ad argumentandum tantum, não sendo o entendimento de V.Sas. pela total improcedência dos Autos de Infração, mister se faz o afastamento dos juros de mora sobre a multa de ofício.

- DO PEDIDO

Ante o exposto, requer seja julgado improcedente o Auto de Infração lavrado para cobrança de IOF, haja vista a comprovação da existência de prática relacionada à operações jurídicas mercantis de compra e venda de produtos alimentares e dos serviços de industrializações, as quais não ensejam a cobrança de IOF.

Ad argumentandum, requer seja reconhecida a inexigibilidade da multa de ofício prevista no art. 44, I da Lei nº 9.430/1996, ante a ausência de infração a legislação apontada.

Ad argumentandum tantum, não sendo o entendimento de V.Sas. pela total improcedência do Auto de Infração, requer seja reconhecida a inaplicabilidade do art. 61, §3º, da Lei nº 9.430/1996 (juros de mora) à multa de ofício exigida nos presentes autos, em respeito ao Princípio da Legalidade.

Por fim, requer seja afastada a incidência e aplicação dos juros em razão da inexistência de tributo e muito menos imposto devido.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Jorge Lima Abud

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 que a recorrente

teve ciência da decisão de primeira instância em 16/01/2015, via aviso de recebimento, às folhas 519 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 12 de fevereiro de 2015.

O recurso é tempestivo.

Da controvérsia.

São controvertidos os seguintes pontos:

- a) A incidência tributária do imposto sobre operações de crédito – IOF;
- b) A inexistência da multa e seu caráter confiscatório;
- c) A não incidência de juros de mora (Selic) sobre a multa de ofício.

Do mérito.

- A incidência tributária do imposto sobre operações de crédito – 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.

Em destaque o artigo 3º inciso III do Decreto nº 6.306/2007:

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:

(...)

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

Portanto, 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*.

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%.

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.(...)”

É alegado às folhas 04 do Recurso Voluntário:

A proposta desta impugnação para que seja reconhecido o direito da impugnante e respectiva inexigibilidade de crédito tributário, dar-se-á através da desconstrução dos argumentos contidos no auto de infração, informando-os, sabendo-se que a conduta modalizada, adotada pelo Sr. Auditor Fiscal, não pode fazer parte do mundo jurídico por completa ausência de fato suficiente para tanto, o que significa que inexistiu fato, não houve atendimento da hipótese de incidência, muito menos pode-se falar em conseqüente normativo.

Assim, após breve explicação e avaliação sobre a fenomenologia de incidência tributária do IOF, imprescindível ao correto entendimento da causa em apreço, far-se-á a exata distinção entre as operações praticadas pela empresa contribuinte e as operações consideradas pela Fiscalização da Receita Federal, demonstrando que o critério adotado não foi pautado pela ciência do direito, deixou de respeitar a correta definição de institutos estabelecidos pelo Direito Privado e aproveitadas pela

Constituição Federal, cuja observação é obrigatória quando da incidência do Direito Tributário dada a superposição deste.

E assim conclui:

*Portanto, os fatos praticados pela contribuinte nos anos-calendários de 2009, 2010 e 2011 **somente podem adentrar ao mundo jurídico sob a chancela de compra e venda de produtos alimentares e serviços de industrialização.***

(Grifo e negrito próprios do original)

O teor da ação fiscal pode ser compreendido através dos seguintes pontos extraídos do Termo de Verificação Fiscal, às folhas 317 do processo digital e seguintes:

*A empresa A C Comercial Importadora e Exportadora Ltda. celebrou contrato de **industrialização por encomenda** com a empresa Indústrias Todeschini S/A, CNPJ 76.483.890/0001-00 (atual ITSA Indústrias S/A), em 21/11/2006, pelo qual adquire a matéria-prima e as embalagens necessárias ao processo e as remete à industrializadora (ITSA), que fabrica produtos alimentícios (massas e biscoitos) e envia os produtos acabados à contratante (A C Comercial), para comercialização. Um típico caso de industrialização por encomenda (documento 07).*

O contrato estipula que, como remuneração pelos serviços de industrialização por encomenda prestados pela Todeschini (ITSA), a A C Comercial pagará mensalmente “o valor correspondente à integralidade dos custos de produção inerentes ao processo de industrialização” (Cláusula Quinta), além de uma quantia de R\$ 130.000,00 mensais (Parágrafo Primeiro da Cláusula Quinta).

*Na prática a A C Comercial **arca com todos os custos da Todeschini**. O controle contábil desse arranjo é feito com a utilização de 3 contas. Vejamos o funcionamento de cada uma.*

***1ª conta: “117040 - PARA CUSTOS OPERACIONAIS (INDS. TODESCHINI)”**, classificada no Plano de Contas da seguinte maneira:*

100000 ATIVO

110000 CIRCULANTE

117000 OUTROS CRÉDITOS A RECEBER 117001 ADIANTAMENTO

117007 A FORNECEDOR

117040 - PARA CUSTOS OPERACIONAIS (INDS. TODESCHINI)

*Trata-se, portanto, de uma conta de adiantamento a fornecedor. Nesta conta **são debitados** os custos da Todeschini pagos pela A C Comercial a título de adiantamento vinculado à aquisição dos serviços de industrialização por encomenda. Em outras palavras, a A C Comercial **adianta recursos** na forma de pagamento dos custos da Todeschini, para que esta possa*

funcionar e fornecer o serviço de industrialização a ser adquirido pela A C Comercial.

2ª conta: “117042 (-) FATURAMENTO INDL. TODESCHINI”, *conta redutora da conta anterior, na qual são creditados os valores dos serviços prestados (faturados) pela Todeschini, com contrapartida debitada na conta 211059 - INDUSTRIAS TODESCHINI S/A - INDUSTRIALIZAÇÃO (fornecedor - passivo circulante). Esses lançamentos representam os pagamentos ao fornecedor de serviços Todeschini. Na prática, portanto, estas duas contas, a 117040 e a (-) 17042, funcionam em conjunto como se fossem uma só, sendo debitada quando realizado um adiantamento (na forma de pagamento de um custo da Todeschini) e creditada quando pago o serviço de industrialização prestado pela Todeschini (baixa de fornecedor a pagar).*

O valor dos adiantamentos feitos em um mês não coincide exatamente com o total dos pagamentos, restando então um saldo entre as duas contas consideradas em conjunto. Para se ter uma idéia, no início de 2009 o saldo (devedor) da conta de adiantamento 117040 era 25.778.681,02, e o saldo (credor) da conta redutora (-) 117042 era de 29.521.070,63. Diante destes números, à primeira vista pode parecer que o total dos pagamentos à Todeschini até aquela data superava o total dos adiantamentos, mas não é isso que ocorre, conforme a explicação a seguir.

O saldo credor da conta redutora (-) 17042 aumenta mês a mês, ano a ano. Ao contrário, a conta dos adiantamentos (117040), depois de receber no fim de cada ano um acréscimo substancial em seu saldo a título de juros sobre mútuo, tem parte de seu valor transferido para uma conta de adiantamento a fornecedor com vencimento a longo prazo, que é a 3ª conta do esquema:

3ª conta: “121006 - INDUSTRIAS TODESCHINI S/A”, do Ativo Realizável a Longo Prazo. *Esta conta recebe apenas um lançamento por ano, realizado em 31 de dezembro, que transfere um certo valor da conta de adiantamentos do Ativo Circulante (117040) para esta do Realizável a Longo Prazo:*

- ✓ Débito: 121006 - INDUSTRIAS TODESCHINI S/A;
- ✓ Crédito: 117040 - PARA CUSTOS OPERACIONAIS (INDS. TODESCHINI).
- Em 31/12/2009: 10.973.714,46;
- Em 31/12/2010: 9.956.586,70;
- Em 31/12/2011: 10.550.537,64.

Portanto, considerando-se também os adiantamentos com vencimento a longo prazo, cujo saldo no início de 2009 era de 15.267.677,86 (devedor), o saldo total dos adiantamentos feitos

à Todeschini e ainda não baixados por pagamentos pelos serviços de industrialização era, no início daquele ano (01/01/2009):

778.681,02 - 29.521.070,63 + 15.267.677,86 = 11.525.288,25 (devedor)

Este era, portanto, o saldo da conta-corrente a favor da A C Comercial no início de 2009, caracterizando mútuo financeiro entre as empresas.

Em relação aos juros sobre mútuo, mostramos, a seguir, os lançamentos de 31 de dezembro de cada ano:

Débito: 117040 - PARA CUSTOS OPERACIONAIS (INDS. TODESCHINI) Crédito: 353007 - ATUALIZAÇÃO MONETARIA S/MUTUO

Em 31/12/2009: R\$ 7.624.850,98

Histórico: VLR. REF. PROVISÕES JUROS S/CTA ADTO INDUSTRIALIZAÇÃO TODESCHINI CFE PLANILHA

Em 31/12/2010: R\$ 8.899.648,18

Histórico: VLR. REF. PROVISÃO JUROS S/CTA INDUSTRIALIZAÇÃO TODESCHINI CFE PLANILHA

Em 31/12/2011: R\$ 8.500.295,88

Histórico: VLR.REF.PROVISÃO JUROS S/CTA ADTO INDUSTRIALIZAÇÃO TODESCHINI CFE PLANILHA

Transcreve, mais uma vez o artigo 586 do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 2002):

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.

Estes serão os esteios para o deslinde da questão.

Toma-se por prisma a seguinte afirmação feita pela fiscalização:

(...) o saldo devedor do mútuo só se altera no fim do mês, que é quando fica definido o valor adiantado no mês para fins de aquisição de serviços da Todeschini e não baixado pelos respectivos pagamentos mensais (o valor dos pagamentos mensais corresponde à emissão das notas fiscais pela Todeschini).

Mês	Saldo inicial do mútuo (1)	Adiantamentos (2)	Pagamentos à Todeschini (3)	Valor adiantado e não baixado (4)	Saldo final do mútuo (5)
jan	11.525.288,25	697.906,30	1.084.271,05	-386.364,75	11.138.923,50
fev	11.138.923,50	1.018.226,52	1.170.604,23	-152.377,71	10.986.545,79
mar	10.986.545,79	1.317.076,17	1.142.673,50	174.402,67	11.160.948,46
abr	11.160.948,46	1.365.822,35	1.170.511,91	195.310,44	11.356.258,90
mai	11.356.258,90	1.419.755,16	1.191.477,33	228.277,83	11.584.536,73
jun	11.584.536,73	1.498.058,34	1.312.152,85	185.905,49	11.770.442,22
jul	11.770.442,22	1.886.354,82	1.282.637,63	603.717,19	12.374.159,41
ago	12.374.159,41	1.706.649,63	1.376.243,43	330.406,20	12.704.565,61
set	12.704.565,61	1.364.030,61	1.710.478,15	-346.447,54	12.358.118,07
out	12.358.118,07	1.957.271,32	1.911.216,73	46.054,59	12.404.172,66
nov	12.404.172,66	1.140.221,36	1.754.304,16	-614.082,80	11.790.089,86
dez	11.790.089,86	1.794.831,01	1.710.769,14	84.061,87	19.499.002,71

Explicando a diferença entre as duas colunas assinaladas:

- ✓ Quando negativa, significa que o total pago à Todeschini no mês foi maior que o total adiantado, resultando em diminuição no saldo do mútuo;

Sobre a questão, o Acórdão de Impugnação assim conclui (folhas 462 do processo digital):

De se dizer que a autoridade fiscal, em momento algum, descaracterizou as operações realizadas pela empresa com sua contratada ITSA. O que se verificou foi a ocorrência de maior pagamento direcionado à contratada do que o fornecimento de produtos acabados enviados à AC Comercial, gerando sim, nos anos de 2009, 2010 e 2011, saldos em favor de AC, caracterizando mútuo financeiro entre as empresas. Diga-se que assim também entendia a Impugnante, tanto é que registrava lançamentos na conta 353007 - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA S/ MÚTUO: (...)

(Grifo e negrito nossos)

|Em linhas gerais, pode-se caracterizar o Contrato de Mútuo a partir das seguintes premissas (em <http://www.normaslegais.com.br/guia/clientes/mutuo.htm>, 29/04/2018):

CONTRATO DE MÚTUO

O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis.

Coisas fungíveis é a característica de bens que podem ser substituídos por outro da mesma espécie, qualidade ou quantidade (exemplo: dinheiro, mercadorias).

PARTES

Mutuante é a parte que empresta.

Mutuário é a parte que recebe o empréstimo.

OBRIGAÇÕES DO MUTUÁRIO

O mutuário é obrigado a **restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.**

Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição (entrega).

O Termo de Verificação Fiscal assim se inicia (folhas 317 do processo digital):

A empresa A C Comercial Importadora e Exportadora Ltda. celebrou contrato de industrialização por encomenda com a empresa Indústrias Todeschini S/A, CNPJ 76.483.890/0001-00 (atual ITSA Indústrias S/A), em 21/11/2006, pelo qual adquire a matéria- prima e as embalagens necessárias ao processo e as remete à industrializadora (ITSA), que fabrica produtos alimentícios (massas e biscoitos) e envia os produtos acabados à contratante (A C Comercial), para comercialização. Um típico caso de industrialização por encomenda (documento 07).

O contrato estipula que, como remuneração pelos serviços de industrialização por encomenda prestados pela Todeschini (ITSA), a A C Comercial pagará mensalmente “o valor correspondente à integralidade dos custos de produção inerentes ao processo de industrialização” (Cláusula Quinta), além de uma quantia de R\$ 130.000,00 mensais (Parágrafo Primeiro da Cláusula Quinta).

Na prática a A C Comercial arca com todos os custos da Todeschini.

É tido como ponto incontroverso que o contrato em análise tem por objeto serviços de industrialização por encomenda **prestados pela Todeschini à A C Comercial.**

Se a empresa Todeschini recebe recursos da empresa A.C. COMERCIAL e como contrapartida fornece produtos industrializados, **a princípio não se pode falar em restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.**

Contudo, no Termo de Verificação Fiscal, folhas 319 e 320 do processo digital, há uma informação que claramente comunga com a prática de mútuo:

A conta 353007 - ATUALIZAÇÃO MONETARIA S/MUTUO é uma conta de resultado (receita), assim classificada no Plano de Contas da empresa:

300000 - RESULTADO DO EXERCÍCIO 350000 - RESULTADO FINANCEIRO

353000 - VARIACAO MONETARIA E CAMBIAL ATIVA 353001 - VARIACAO MONETARIA ATIVA

353003 - DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (sic)

353007 - ATUALIZAÇÃO MONETARIA S/MUTUO

Em síntese, os adiantamentos não baixados com pagamentos pelos serviços de industrialização formam um mútuo de recursos financeiros entre as empresas, inclusive anualmente acrescido de juros. Tal mútuo não possui valor e prazo definidos ou contrato formalmente celebrado entre as partes, conforme informou a A C Comercial na resposta ao item 2 do Termo de Intimação Fiscal nº 03:

Questão:

“2. Esclarecer, por escrito, como foram calculados os juros sobre os adiantamentos à ITSA (...) e apresentar o respectivo contrato que estabelece os juros sobre o mútuo”

Resposta:

“O cálculo dos juros sobre os adiantamentos da Todeschini sobre o saldo do mês, será acrescido mensalmente a correção pelo IGP-M mais juros de 1%, aonde ficou estabelecido verbalmente a utilização do mesmo critério do Contrato de Industrialização conforme Cláusula quinta parágrafo segundo.” (sic)

Dessa forma, mais que uma constatação, uma admissão por parte das empresas envolvidas, de que:

1. Sobre os adiantamentos da Todeschini incide mensalmente a correção pelo IGP-M mais juros de 1%.

Esse é o ponto nevrálgico da testilha. Não se trata de um mero adiantamento, mas um adiantamento sujeito à correção pelo IGP-M mais juros de 1%.

De outro modo, mensalmente o saldo - diferença entre o total pago à Todeschini e o total adiantado – sofre a correção pelo IGP-M mais juros de 1%.

Mas, ainda assim, não se consegue formatar a situação descrita – o adiantamento do “valor correspondente à integralidade dos custos de produção inerentes ao processo de industrialização” (Cláusula Quinta), em face de uma industrialização por encomenda – no conceito de mútuo, justamente pela ausência da restituição de coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Em destaque, mais uma vez, o item 14 do Termo de Verificação Fiscal, às folhas 322 do processo digital, explicação que precede a planilha de cálculo reproduzida a pouco.

14. Determinação dos saldos devedores diários em 2009: o saldo devedor do mútuo só se altera no fim do mês, que é quando fica definido o valor adiantado no mês para fins de aquisição de serviços da Todeschini e não baixado pelos respectivos pagamentos mensais (o valor dos pagamentos mensais corresponde à emissão das notas fiscais pela Todeschini):

(Grifo e negrito nossos)

Assim, o próprio Termo de Verificação Fiscal avalia que **o saldo dos adiantamentos, terá por contrapartida a aquisição de serviços da Todeschini.**

Não sendo essa uma restituição de coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, não há o que se falar em mútuo, ainda que o saldo dos adiantamentos seja sujeito à correção e juros.

- A inexistência da multa e seu caráter confiscatório.

DAS PENALIDADES. DA ARGUIÇÃO DE CONFISCO E DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

Quanto às acusações de inconstitucionalidade e ilegalidade da legislação que embasou a autuação, deve-se esclarecer que, sendo as Delegacias da Receita Federal de Julgamento do Brasil - DRJ órgãos do Poder Executivo, não lhes compete apreciar a conformidade de lei, validamente editada segundo o processo legislativo constitucionalmente previsto, com preceitos emanados da própria Constituição Federal ou mesmo de outras leis, a ponto de declarar-lhe a nulidade ou inaplicabilidade ao caso expressamente previsto, haja vista tratar-se de matéria reservada, por força de determinação constitucional, ao Poder Judiciário.

A presunção é que o Legislativo, antes de aprovar a lei tenha examinado eventual conflito com a Constituição Federal e chegado à conclusão de não haver tal contrariedade. Essa presunção somente sucumbe ante o pronunciamento judicial. Inadmissível é pretender que a autoridade administrativa descumpra a lei. Até aí não vai o seu poder, tendo em vista o alcance limitado do julgamento nessa esfera, que não pode se desviar dos estritos ditames legais, sendo vedado imiscuir-se na competência do Poder Judiciário para examinar a constitucionalidade de normas. Assim, falece competência ao julgador administrativo para exercer esse juízo de constitucionalidade deixando de aplicar normas integrantes do ordenamento jurídico, em face da mera alegação suscitada em processo administrativo, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 26-A, § 6º, do Decreto nº 70.235/1972, acrescido pela Lei nº 11.941/2009, que não se identificam com o caso concreto.

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.”

Ressalte-se que a atividade administrativa do lançamento é obrigatória e vinculada, sob pena de responsabilidade funcional, consoante disposição expressa do art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional. Portanto, a autoridade fiscal não pode eximir-se de cumprir seu dever legal de aplicar a multa no exato *quantum* previsto em lei, sendo-lhe vedado dispensar ou reduzir penalidades sem previsão legal. É o que dispõe o art. 97, inciso VI, do Código Tributário Nacional (CTN):

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.”

A solução inversa, ou seja, assentir com a redução da multa, sem que isso esteja previsto em lei, implicaria sustentar que a vontade da autoridade administrativa sobrepõe-se à norma escrita, alterando, dessa maneira, a própria obrigação tributária, o que resultaria afronta ao princípio da legalidade, que norteia toda a atividade do setor público. Sobre legalidade e atividade administrativa, escreve JOSÉ AFONSO DA SILVA, citando HELY LOPES MEIRELLES:

“(...) Lembra Hely Lopes Meirelles que ‘a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.’

‘Na administração pública’, prossegue, ‘não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa pode fazer assim; para o administrador significa deve fazer assim.’ ” (destaquei) (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996, pág. 373)

Ao discorrer sobre atos vinculados, ensina HELY LOPES MEIRELLES:

“Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa.” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 17ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesteiro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1992, pg. 149)

Cabe ressaltar que o presente julgamento também constitui atividade vinculada e, assim, cinge-se aos ditames legais aplicáveis à espécie, o que impede a adoção de quaisquer orientações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em argumentos de razoabilidade ou proporcionalidade, propugnam a redução ou dispensa de multas. A exclusão ou redução de multas, em se constituindo uma situação excepcional, eis que dispensa a prática, por parte da autoridade administrativa, de uma atividade vinculada e obrigatória, deve ser feita tão-somente nas hipóteses expressamente previstas na legislação, sem o que equivaleria aventar que a atividade ora exercida seria uma atividade discricionária quando, ao contrário, se trata de atividade vinculada.

Ainda no que tange aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o seu emprego pela instância julgadora administrativa não vai a ponto de autorizar a dispensa ou redução de multas, quando expressas na lei em valor ou percentual único, sem que haja expressa previsão legal para graduação da penalidade dentro de uma faixa variável de valor, a ser fixado em cada caso pela autoridade fiscal, levando-se em conta determinados critérios, tais como natureza ou às circunstâncias materiais do fato ou extensão dos seus efeitos. A lei em comento não confere âmbito de discricionariedade à autoridade administrativa no tocante à dosimetria da punição, sendo suficiente que se caracterize a situação descrita na lei para que haja a aplicação da penalidade no percentual único previsto. Assim, a matéria em pauta não comporta alegação de ofensa ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Ademais, o exame da proporcionalidade entre o fato infracional e o valor da multa não é passível de exame neste foro, porquanto a autoridade administrativa não pode usurpar a competência do legislador para alterar o valor da multa definido na lei. O citado juízo de proporcionalidade foi exercido pelo legislador ao aprovar a lei fixando o valor da multa, somente podendo ser revisto pelo próprio Poder Legislativo ou, em caso de inconstitucionalidade, pelo Judiciário, estando, porém, fora da esfera de competência da autoridade administrativa a quem cabe tão-somente aplicar a lei. Portanto, o órgão administrativo não detém competência legal para dispensar ou reduzir multas, sem que isso esteja expressamente previsto em lei.

Nesse mesmo sentido aponta a jurisprudência administrativa:

“(..). MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa aplicar a multa nos moldes da legislação que a instituiu. O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de Lei Tributária. (Súmula nº 1º CC nº 2). (Primeiro Conselho de Contribuintes, 1ª Câmara, Acórdão nº 101-96.612, processo 11618.003150/2005-56, Relª Cons. Sandra Maria Faroni; sessão de 06/03/2008, DOU 10/09/2008, pág. 23)

“MULTA. PENALIDADE. A aplicação de percentual de multa determinado em lei não afronta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nem o princípio da vedação ao confisco, dado seu caráter punitivo-repressivo. Recurso negado.” (Segundo Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, Acórdão nº 202-17.799, processo nº 11543.001077/2004-18, sessão de 28 de fevereiro de 2007).

Compete às DRJ tão-somente o controle de legalidade dos atos administrativos, consistente em examinar a adequação dos procedimentos fiscais com as normas legais vigentes, zelando, assim, pelo seu fiel cumprimento.

- A não incidência de juros de mora (Selic) sobre a multa de ofício.

A matéria já se encontra pacificada no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais através de Súmula.

Súmula CARF nº 108: Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Diante de tudo que foi exposto, voto no sentido de dar provimento ao Recurso da Contribuinte, no que tange ao MÉRITO, afastando a exigência dada a não

ocorrência do fato gerador do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários - IOF.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Jorge Lima Abud - Relator.

Voto Vencedor

Conselheiro Corinho Oliveira Machado, Redator designado.

Sem embargo das razões ofertadas pela recorrente e das brilhantes considerações tecidas pelo i. conselheiro Relator, o Colegiado, pelo voto de sua maioria, firmou entendimento de que a exigência fiscal deve ser mantida no caso do recurso voluntário.

A divergência foi inaugurada pelo e. conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho que alertou para o fato de **em todos os períodos auditados (2009 a 2011) uma empresa receber recursos financeiros da outra e nunca saldar a dívida**, sendo sempre lançados os saldos para frente, como se fosse um mútuo sem data para terminar.

Com base nisso, atentei para o voto do i. conselheiro Jorge Lima Abud, e **encontrei no próprio voto as razões para o desprovimento do recurso especial**. Começando pela terceira conta da contabilidade da recorrente que fecha o esquema - que transforma, todo final de ano, a dívida da mutuária, presente no circulante da mutuante, dívida do realizável a longo prazo:

(...) Na prática a A C Comercial arca com todos os custos da Todeschini. O controle contábil desse arranjo é feito com a utilização de 3 contas. Vejamos o funcionamento de cada uma.

1ª conta: "117040 - PARA CUSTOS OPERACIONAIS (INDS. TODESCHINI)", classificada no Plano de Contas da seguinte maneira:

*100000 ATIVO 110000 CIRCULANTE 117000 OUTROS
CRÉDITOS A RECEBER 117001 ADIANTAMENTO 117007 A
FORNECEDOR 117040 - PARA CUSTOS OPERACIONAIS
(INDS. TODESCHINI)*

Trata-se, portanto, de uma conta de adiantamento a fornecedor. Nesta conta são debitados os custos da Todeschini pagos pela A C Comercial a título de adiantamento vinculado à aquisição dos serviços de industrialização por encomenda. Em outras palavras, a A C Comercial adianta recursos na forma de pagamento dos custos da Todeschini, para que esta possa

funcionar e fornecer o serviço de industrialização a ser adquirido pela A C Comercial.

2ª conta: “117042 (-) FATURAMENTO INDL. **TODESCHINI**”, conta redutora da conta anterior, na qual são creditados os valores dos serviços prestados (faturados) pela Todeschini, com contrapartida debitada na conta 211059 - INDUSTRIAS TODESCHINI S/A - INDUSTRIALIZAÇÃO (fornecedor - passivo circulante). Esses lançamentos representam os pagamentos ao fornecedor de serviços Todeschini. Na prática, portanto, estas duas contas, a 117040 e a (-)l 17042, funcionam em conjunto como se fossem uma só, sendo debitada quando realizado um adiantamento (na forma de pagamento de um custo da Todeschini) e creditada quando pago o serviço de industrialização prestado pela Todeschini (baixa de fornecedor a pagar).

O valor dos adiantamentos feitos em um mês não coincide exatamente com o total dos pagamentos, restando então um saldo entre as duas contas consideradas em conjunto. Para se ter uma idéia, no início de 2009 o saldo (devedor) da conta de adiantamento 117040 era 25.778.681,02, e o saldo (credor) da conta redutora (-) 117042 era de 29.521.070,63. Diante destes números, à primeira vista pode parecer que o total dos pagamentos à Todeschini até aquela data superava o total dos adiantamentos, mas não é isso que ocorre, conforme a explicação a seguir.

O saldo credor da conta redutora (-)l 17042 aumenta mês a mês, ano a ano. Ao contrário, a conta dos adiantamentos (117040), depois de receber no fim de cada ano um acréscimo substancial em seu saldo a título de juros sobre mútuo, tem parte de seu valor transferido para uma conta de adiantamento a fornecedor com vencimento a longo prazo, que é a 3ª conta do esquema:

3ª conta: “121006 - INDUSTRIAS TODESCHINI S/A”, do **Ativo Realizável a Longo Prazo**. Esta conta recebe apenas um lançamento por ano, realizado em 31 de dezembro, que transfere um certo valor da conta de adiantamentos do Ativo Circulante (117040) para esta do Realizável a Longo Prazo:

Débito: 121006 - INDUSTRIAS TODESCHINI S/A;

Crédito: 117040 - PARA CUSTOS OPERACIONAIS (INDS. TODESCHINI).

Em 31/12/2009: 10.973.714,46;

Em 31/12/2010: 9.956.586,70;

Em 31/12/2011: 10.550.537,64.

Portanto, considerando-se também os adiantamentos com vencimento a longo prazo, cujo saldo no início de 2009 era de 15.267.677,86 (devedor), o saldo total dos adiantamentos feitos à Todeschini e ainda não baixados por pagamentos pelos serviços de industrialização era, no início daquele ano (01/01/2009):

778.681,02 - 29.521.070,63 + 15.267.677,86 = 11.525.288,25
(devedor)

Este era, portanto, o saldo da conta-corrente a favor da A C Comercial no início de 2009, caracterizando mútuo financeiro entre as empresas. (...)

Outro detalhe que corrobora a existência, na prática, do mútuo entre as empresas é o fato de haver atualização monetária mensal sobre o saldo dos adiantamentos entregues por uma empresa à outra:

(...) Contudo, no Termo de Verificação Fiscal, folhas 319 e 320 do processo digital, há uma informação que claramente comunga com a prática de mútuo:

A conta 353007 - ATUALIZAÇÃO MONETARIA S/MUTUO é uma conta de resultado (receita), assim classificada no Plano de Contas da empresa:

300000 - RESULTADO DO EXERCÍCIO 350000 - RESULTADO FINANCEIRO 353000 - VARIACAO MONETARIA E CAMBIAL ATIVA 353001 - VARIACAO MONETARIA ATIVA 353003 - DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (sic)

353007 - ATUALIZAÇÃO MONETARIA S/MUTUO Em síntese, os adiantamentos não baixados com pagamentos pelos serviços de industrialização formam um mútuo de recursos financeiros entre as empresas, inclusive anualmente acrescido de juros. Tal mútuo não possui valor e prazo definidos ou contrato formalmente celebrado entre as partes, conforme informou a A C Comercial na resposta ao item 2 do Termo de Intimação Fiscal nº 03:

Questão:

“2. Esclarecer, por escrito, como foram calculados os juros sobre os adiantamentos à ITSA (...) e apresentar o respectivo contrato que estabelece os juros sobre o mútuo” Resposta:

“O cálculo dos juros sobre os adiantamentos da Todeschini sobre o saldo do mês, será acrescido mensalmente a correção pelo IGP-M mais juros de 1%, aonde ficou estabelecido verbalmente a utilização do mesmo critério do Contrato de Industrialização conforme Cláusula quinta parágrafo segundo.” (sic)

Dessa forma, mais que uma constatação, uma admissão por parte das empresas envolvidas, de que:

Sobre os adiantamentos da Todeschini incide mensalmente a correção pelo IGP-M mais juros de 1%.

Esse é o ponto nevrálgico da testilha. Não se trata de um mero adiantamento, mas um adiantamento sujeito à correção pelo IGP-M mais juros de 1%.

De outro modo, mensalmente o saldo - diferença entre o total pago à Todeschini e o total adiantado – sofre a correção pelo IGP-M mais juros de 1%. (...)

Ao meu sentir, a dificuldade encontrada pelo i. relator para ver caracterizado o mútuo no caso vertente - *Não sendo essa uma restituição de coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, não há o que se falar em mútuo, ainda que o saldo dos adiantamentos seja sujeito à correção e juros* - ocorre porque seus olhos estavam voltados para o contrato de industrialização por encomenda celebrado; e **a caracterização do mútuo ocorre, em verdade quando tal contrato opera, na prática, e isso fica claro apenas na contabilidade**, que registra todas as operações relativas a tal contrato.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Corintho Oliveira Machado