



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

Processo n° 12898.001181/2009-60
Recurso n° 884.718 Voluntário
Acórdão n° **3102-001.764 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 26 de fevereiro de 2013
Matéria Auto de Infração - IOF
Recorrente COMPANHIA LOCADORA DE EQUIPAMENTOS PETROLÍFEROS - CLEP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2004, 2005

AQUISIÇÃO DE ATIVOS PARA LOCAÇÃO AO VENDEDOR. *SALE LEASE BACK*. RECURSOS APLICADOS. ADIANTAMENTO. CONDUTA ATÍPICA. MÚTUO. CARACTERIZAÇÃO. INCIDÊNCIA.

Ainda que a transação conhecida por *Sale Lease Back*, identificada pela aquisição de ativos para imediata locação pelo comprador ao vendedor, seja uma forma de financiamento do capital de giro não compreendida entre as hipóteses de incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou Relativas a Títulos e Valores Mobiliários - IOF, a identificação de uma conduta atípica na operacionalização do negócio, mediante adiantamento de valores expressivos somente muito mais tarde empregados no objeto avençado, caracteriza operação de crédito (mútuo) para fins de incidência do Imposto.

Recurso de Ofício Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo Voto de Qualidade, em dar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho, Leonardo Mussi e Nanci Gama, que negavam provimento.

(assinado digitalmente)

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente.

(assinado digitalmente)

Ricardo Paulo Rosa - Relator.

EDITADO EM: 21/03/2013

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Luis Marcelo Guerra de Castro, Nanci Gama, Ricardo Paulo Rosa, Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho, Winderley Moraes Pereira, e Leonardo Mussi.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o Relatório que embasou a decisão de primeira instância, que passo a transcrever.

Tem origem o presente processo no auto de infração de fls. 222/226, lavrado pela Delegacia de Fiscalização - RJ, contra Companhia Locadora de Equipamentos Petrolíferos - CLEP, relativo aos anos calendário 2004 e 2005, para exigir o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF, no valor de R\$ 45.388.611,00, acrescido de multa proporcional de 75% e de juros de mora.

Conforme consta do auto de infração, do Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 215/221 e dos quadros de fls. 206/214, a fiscalização concluiu que os pagamentos feitos pelo autuado à empresa Petrobras em 30.09.2004, nos valores de R\$ 2.944.842.906,00 e R\$ 179.184.989,74 a título de *“adiantamento para aquisição de ativo imobilizado”*, constituíram, na realidade, concessão de empréstimo e, assim sendo, estavam sujeitos ao IOF.

Para justificar seu entendimento, a fiscalização salientou, em síntese, que:

Em 26.08.2004, o autuado celebrou “contrato de compra de nota” com a empresa BB Fund, constituída de acordo com as leis das Ilhas Cayman, por meio do qual recebeu em 31.08.2004 um empréstimo de valor correspondente a R\$ 2.956.078.480,00;

Em 30.09.2004, o autuado repassou à Petrobras os citados recursos (líquidos de CPMF e de despesas bancárias e de câmbio), contabilizando o montante de R\$ 2.944.842.906,00 a débito da conta *“adiantamento p/ aquisição ativo imobilizado”*;

Também em 30.09.2004, o autuado repassou à Petrobras R\$ 179.184.989,74, provenientes de recursos decorrentes de integralização de capital na mesma data;

Em 30.12.2003, o autuado já havia repassado à Petrobras R\$ 2.018.982.017,00, provenientes de empréstimo obtido no exterior, junto à empresa BB Fund, que também foram contabilizados a débito da conta *“bens móveis - adiantamento p/ aquisição ativo imobilizado”*;

Para liquidar as citadas transferências de recursos, a Petrobras vendeu ativos para o autuado, no montante de R\$ 1.727.223.824,09, em 20.09.2004 e 23.12.2004, e no montante de R\$ 1.930.050.313,83, de 10.08.2005 a 24.11.2005, e, por fim, pagou ao autuado R\$ 1.485.735.774,71, referentes a *“reembolso da Petrobras referente a ativos não transferidos”*, conforme quadro a seguir:

data	descrição	débito	crédito	saldo
30.12.2003	transferência recursos (empréstimo)		2.018.982.017,00	2.018.982.017,00

30.09.2004	transferência recursos (empréstimo)		2.944.842.906,00	4.963.824.923,00
30.09.2004	transferência recursos - aumento de capital		179.184.989,74	5.143.009.912,74
20.09.2004	transferência de ativos (contrato)	1.541.810.630,00		3.601.199.282,74
23.12.2004	transferência de ativos (notas fiscais)	185.413.194,20		3.415.786.088,54
10.08.2005	transferência de ativos (notas fiscais)	417.761.768,39		2.998.024.320,15
11.08.2005	transferência de ativos (notas fiscais)	230.000.000,00		2.768.024.320,15
19.08.2005	transferência de ativos (notas fiscais)	164.414.953,32		2.603.609.366,83
29.08.2005	transferência de ativos (notas fiscais)	182.840.889,24		2.420.768.477,59
31.08.2005	transferência de ativos (notas fiscais)	35.850.682,56		2.384.917.795,03
02.09.2005	transferência de ativos (notas fiscais)	52.601.783,38		2.332.316.011,65
23.11.2005	transferência de ativos (notas fiscais)	371.580.236,94		1.960.735.774,71
24.11.2005	transferência de ativos (notas fiscais)	475.000.000,00		1.485.735.774,71
03.01.2006	reembolso	1.485.735.774,71		0,00

O pagamento recebido da Petrobras de R\$ 1.485.735.774,71 evidencia que os recursos antes repassados, nos valores de R\$ 2.944.842.906,00 e 179.184.989,74, tiveram efetivamente caráter de empréstimo;

Do valor recebido da Petrobras, o atuado usou R\$ 1.479.693.600,00 para amortizar parte da sua dívida do empréstimo contraído no exterior;

A transferência de R\$ 2.944.842.906,00 teve como objetivo financiar a Petrobras e a posterior transferência de ativos para o atuado foi a alternativa encontrada para liquidar os empréstimos;

Em resposta a intimação, o atuado apresentou o contrato de locação de ativos, datado de 23.12.2003, e o contrato de compra e venda de ativos, datado de 20.09.2004, ambos firmados com a Petrobras;

No primeiro, consta que o atuado pretendia adquirir, de tempos em tempos, os ativos relacionados no Anexo-2B a serem locados para a Petrobras para utilização na produção e, no segundo, ficou acordada a venda à CLEP de ativos relacionados em seu anexo, no montante de R\$ 1.541.810.630,00, de acordo com os termos do contrato de locação de ativos;

Como os dois contratos justificaram a transferência de R\$ 2.018.982.017,00 e não foi apresentado qualquer outro que tratasse da transferência dos R\$ 2.944.842.906,00, procedeu ao lançamento do IOF sobre os empréstimos de R\$ 2.944.842.906,00 e R\$ 179.184.989,74, concedidos em 30.09.2004; e

O imposto foi calculado sobre os saldos diários a receber, de 01.10.2004 a 30.09.2005, levando-se em conta as amortizações feitas por meio das notas fiscais de venda de ativos, conforme quadros de fls. 207/214;

Cientificado da autuação em 16.07.2009 (fls. 221 e 223), o autuado apresentou, em 14.08.2009, a impugnação de fls. 265/294, alegando, em síntese, que:

A operação efetivamente praticada não foi de empréstimo mas sim de compra e venda;

O próprio reconhecimento pela fiscalização de que as transferências realizadas foram “amortizadas” por via da transferência de ativos impossibilita a caracterização da operação como empréstimo;

Como se pode verificar pelos contratos juntados, já em 2003 restava clara a intenção de realizar operação de aquisição de ativos pelo autuado para posterior locação para a Petrobras;

Ainda hoje, transcorridos mais de cinco anos do início da operação, a propriedade dos ativos continua com o autuado, conforme relação patrimonial anexada;

O lapso temporal entre a primeira antecipação de valores e a primeira transferência de ativos – de onze meses – interpretado pela fiscalização como “exagerado”, é mais do que razoável se consideradas as dimensões da empresa e do negócio em foco, do contrário chegar-se-ia à esdrúxula conclusão de que toda compra e venda pressupõe a entrega imediata da coisa negociada e de que é vedada qualquer tipo de adiantamento;

Não subsiste a alegação da fiscalização de que os contratos apresentados estão vinculados somente à transferência de 30.12.2003, já que tal transferência foi de R\$ 2.018.982.017,00, enquanto que o total dos ativos transferidos foi de R\$ 3.657.274.138,10, conforme indicado na citada relação patrimonial e também no demonstrativo conta-corrente elaborado pela própria fiscalização;

A tomada de empréstimo no exterior e a subsequente transferência de recursos à Petrobras a título de adiantamento para aquisição de ativos não foram decididas sem planejamento ou conhecimento dos riscos envolvidos e asseguraram a possibilidade de contratar com a maior empresa do país, bem como mostraram-se aptos a garantir lucros para o autuado;

O negócio realizado entre o autuado e a Petrobras, conhecido na doutrina econômica como “*sale-lease-back*”, consiste na compra e venda de um bem associada a locação do mesmo bem, por meio do qual o locatário vende ao locador a coisa que lhe será alugada, modalidade de contrato amplamente realizada no Brasil e no Mundo;

Tendo em vista as pontuações de cunho econômico feitas pela fiscalização, traz considerações detalhadas a respeito da motivação econômica e da viabilidade do negócio praticado, que demonstram que, diferente do que acreditou a fiscalização, os contratos celebrados não são falaciosos e tampouco objetivam justificar supostos empréstimos;

A fiscalização considerou dissimulada a operação realizada, na medida em que afirmou que o negócio de compra e venda configurou, em verdade, uma operação de empréstimo, no entanto não foram trazidos elementos concretos para comprovar a simulação;

Nos casos de simulação os atos simulados desaparecem dando lugar àquele que foi dissimulado, mas no presente caso, a compra e venda subsiste após cinco anos, uma vez que os ativos continuam de propriedade do autuado;

Para que se configure a simulação é necessário que o ato que se pretende dissimular não pudesse ser realizado por vedação legal ou outro motivo, no entanto no caso em tela, o “empréstimo” poderia ser tranquilamente realizado;

A fiscalização tentou convencer que o fato de as quantias transferidas para a Petrobras advirem de empréstimos obtidos no exterior bem como de a parcela reembolsada pela Petrobras ser utilizada para amortização de tais empréstimos confirmaria a natureza de empréstimo da operação;

Todavia, é patente que a origem dos recursos usados na compra ou a destinação do valor excedente não pode ser considerado para determinar a natureza jurídica da operação realizada entre o autuado e a Petrobras, importando tão-somente a relação estabelecida entre essas duas empresas, que foi de compra e venda de ativos;

De acordo com o artigo 586 do Código Civil, “*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*”, sendo certo que isso não aconteceu no caso alvo da fiscalização, já que em contrapartida à entrega do dinheiro pelo autuado, a Petrobras transferiu a este ativos avaliados em R\$ 3.657.274.138,10 e restituiu em dinheiro apenas a diferença entre os adiantamentos e esse valor;

Assim, afastada a hipótese de mútuo, é certo que a operação não se caracterizou como empréstimo, considerando que o comodato não se molda ao caso;

Ainda que se considere que uma parcela dos adiantamentos foi relativa a compra e venda e outra a mútuo, o que não é razoável, seria necessário que a base de cálculo do IOF correspondesse somente ao valor do mútuo, que equivaleria à quantia que foi restituída em dinheiro pela Petrobras;

Por não se caracterizar como mútuo nem empréstimo, a operação não configurou fato gerador do IOF, como definido no art. 63 do CTN, no art. 13 da Lei nº 9.779/99 e nos art. 2º e 3º do Dec. nº 6.306/07; e

Ainda que se admitisse a caracterização do empréstimo, teria ocorrido a decadência do crédito tributário em dezembro de 2008, antes do lançamento, já que o fato gerador do IOF teria ocorrido em 30.12.2003, data da entrega da primeira parcela transferida do autuado para a Petrobras, de acordo com o art. 3º do Dec. nº 6.306/07, segundo o qual “*entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor*”;

Assim a Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetizou, na ementa correspondente, a decisão proferida.

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

Ano-calendário: 2004, 2005

OPERAÇÃO DE CRÉDITO. EMPRÉSTIMO DISSIMULADO.

Sujeitam-se ao IOF as operações de crédito, assim entendidas as de empréstimo sob qualquer modalidade e as de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, ainda que travestidas de adiantamento; é incabível, porém, a exigência do tributo sobre operações de compra e venda de ativo imobilizado.

Da decisão que deu parcial provimento à impugnação, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento Recorre de Ofício a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresenta contra-razões à decisão proferida em primeira instância administrativa. Requer sejam analisados *“os reais objetivos do negócio jurídico perpetrado, pois, desse modo, notar-se-á claramente o artificialismo na conduta do sujeito passivo em tentar ocultar o intento de financiar a Petrobras, real beneficiária do empréstimo”*.

Que *“a compra e venda de um bem associada a sua locação, por meio do qual o locatário vende ao locador a coisa que lhe será alugada, não se trata de operação comum e usual, amplamente utilizada. Não se vislumbra, a despeito de opiniões em contrário, uma causa econômica para o negócio na forma como declarado e a operação que ele engendra não faz muito sentido do ponto de vista societário”*.

Ainda mais, considera estranho *“o fato de uma empresa como a Petrobrás não ter ativos suficientes para dar cumprimento ao ajuste pactuado”*.

E prossegue,

Com efeito, no próprio corpo do contrato estão consignados os valores dos ativos a serem supostamente alienados e, apesar de devidamente subscritos, a transferência dos ativos não se deu conforme combinado. Isso porque, parte do valor avençado foi reembolsado, ou seja, a Petrobrás, em vez de transferir ativos à CLEP, dando cumprimento ao ajuste, devolveu parte do dinheiro que lhe havia sido repassado.

Esse fator é extremamente relevante pois explicita, claramente, a real finalidade dos acordos, que é o de financiamento das atividades da Petrobrás, mediante o repasse de empréstimos adquiridos pela fiscalizada.

Se o objetivo do ajuste era, de fato, a compra e venda de bens associada a locação dos mesmos bens, por certo que esse reembolso não poderia ser aceito pela CLEP e também não seria de interesse de nenhuma das partes envolvidas, haja vista desfigurar completamente os desígnios dos contratos firmados.

Discorda da segregação dos valores procedida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento, ao considerar apenas o valor da restituição como empréstimo *“como se o mesmo fizesse parte de uma avença diferente da que esta sendo analisada”*.

Defende que *“os repasses caracterizaram, em verdade, uma operação de mútuo entre as empresas envolvidas e a posterior transferência de ativos para o autuado foi a alternativa encontrada para se garantir os empréstimos”*.

Que para que seja possível concluir pela validade de um negócio jurídico indireto, como aconteceu no caso em tela, não bastaria que o fim típico do negócio jurídico fosse lícito, também o objetivo visado precisaria estar em consonância com o ordenamento legal.

Finaliza,

Por fim, descabe na hipótese o velho e desgastado brocardo de *“que o contribuinte pode valer-se de todos os meios jurídicos lícitos antes da ocorrência do fato gerador para efetuar a exclusão ou diminuição de tributo”*.

Sim, pode, estreme de dúvida, mas desde que não fique demonstrado, como o foi, que para tal ele tenha abusado do direito no uso indevido de determinada forma jurídica, tornando evidente a incompatibilidade entre os meios utilizados nessa empreitada e os objetivos negociais que pretendia alcançar.

Também não se pode ir além do que foi, de fato, procedido no auto de infração, a ponto de entender que o negócio foi simulado ou desnaturar a transferência dos ativos. O que se fez, acertadamente, foi apurar a real finalidade das operações realizadas e perquirir os efeitos jurídicos e práticos que delas se observam. E, em assim procedendo, percebeu-se que o repasse das verbas tinha natureza de empréstimo, que a transferência dos ativos tinha o propósito de garantir a dívida e que os aluguéis serviriam para pagamentos de juros, tudo a caracterizar um contrato de mútuo entre pessoas jurídicas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do Recurso.

Preliminarmente, de se sublinhar que, embora o provimento obtido em primeira instância tenha sido apenas parcial, a empresa autuada não logrou apresentar Recurso Voluntário do saldo devedor remanescente. Examinam-se aqui o Recurso de Ofício e as contra-razões apresentadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Em linhas gerais, o embate gira em torno da caracterização ou não do mútuo nas operações realizadas entre a Autuada e a Petrobrás.

Fato Gerador e Base de Cálculo do Imposto sobre Operação de Crédito, Câmbio e Seguros ou Relativas a Títulos e Valores Mobiliários – IOF estavam, à época da ocorrência dos eventos que dão causa à lide, disciplinada no Decreto nº 4.494/2002, nos seguintes termos.

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);

b) por empresas que exercem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring) (Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 15, § 1º, inciso III, alínea "d", e Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 58);

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

II - operações de câmbio (Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994, art. 5º);

III - operações de seguro realizadas por seguradoras (Lei nº 5.143, de 1966, art. 1º);

IV - operações relativas a títulos e valores mobiliários (Lei nº 8.894, de 1994, art. 1º);

V - operações com ouro ativo financeiro ou instrumento cambial (Lei nº 7.766, de 11 de maio de 1989, art. 4º).

§ 1º A incidência definida no inciso I exclui a definida no inciso IV, e reciprocamente, quanto à emissão, ao pagamento ou resgate do título representativo de uma mesma operação de crédito (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 63, parágrafo único).

§ 2º Exclui-se da incidência do IOF referido no inciso I a operação de crédito externo, sem prejuízo da incidência definida no inciso II deste artigo.

(...)

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).

(...)

§ 4º A expressão "operações de crédito" compreende as operações de:

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

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

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

O Mútuo é instituto do direito privado, definido no artigo 586 do Código Civil como empréstimo de coisas fungíveis, no qual o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

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.

Às folhas 09 a 22 encontra-se o Contrato de Compra e Venda de Ativos e seus Anexos, firmado entre as partes. Às folhas seguintes, 23 a 50, Contrato de Locação de Ativos e Anexos.

O primeiro refere-se à venda de ativos da Petrobrás à Companhia (CLEP), no valor de R\$ 1.541.810.630,00. O segundo, à intenção da Companhia, então Langstrand, de “*adquirir, de tempos em tempos, os ativos descritos e individualizados no Anexo 2-B [...]*” para locá-los à Petrobrás.

Não há divergência em torno da celebração dos Contratos acima epigrafados. A questão que se apresenta é que, segundo a Doutra Procuradoria, “*os reais objetivos do negócio jurídico perpetrado*”, não são revelados na forma como a avença se apresenta, revestida de “*artificialismo na conduta do sujeito passivo em tentar ocultar o intento de financiar a Petrobras, real beneficiária do empréstimo*”. Entende que “*a compra e venda de*

um bem associada a sua locação, por meio do qual o locatário vende ao locador a coisa que lhe será alugada, não se trata de operação comum e usual, amplamente utilizada. Não se vislumbra, a despeito de opiniões em contrário, uma causa econômica para o negócio na forma como declarado e a operação que ele engendra não faz muito sentido do ponto de vista societário". Por tudo isso, considera que "os repasses caracterizaram, em verdade, uma operação de mútuo entre as empresas envolvidas e a posterior transferência de ativos para o autuado foi a alternativa encontrada para se garantir os empréstimos".

A transação definida nos Contratos carreados aos autos é conhecida por *Sale Lease back*, como esclarecido pela empresa na impugnação ao lançamento. A Companhia Locadora de Equipamentos Petrolíferos adquire ativos de propriedade da Petrobrás para imediatamente locá-los à antiga proprietária, que prossegue no uso dos bens nas mesmas atividades em que estavam sendo antes utilizados. Outra possibilidade prevista no contrato é a de que a Petrobrás adquira novos equipamentos no mercado em nome da Companhia que, da mesma forma, instantaneamente loca-os à primeira.

Creio que os termos da transação causem grande estranheza para quem não esteja familiarizado com esse tipo de negócio; contudo, conforme pode ser facilmente constatado pela pesquisa em meios de comunicação apropriados, o *sale-lease-back*, ou relocação, abreviação de venda e leaseback, é uma operação financeira bastante comum em determinados segmentos de mercado, geralmente feita com ativos imobilizados, tais como aviões, trens e automóveis. Os fins almejados podem ser diversos. Estarão sempre presentes, uma parte interessada em fazer um investimento rentável de longo prazo e outra em obter capital de giro. Há efeitos contábeis decorrentes da contabilização da locação como despesa operacional e aumento na taxa de depreciação de 4% a.a. para 10% a.a.

Por esse motivo, me parece que, pelo menos enquanto o negócio seja reconhecido como típico e com finalidades lícitas e diretas, não vejo como inferir que os contratos de compra e venda e o contrato de locação dos ativos tenham servido como negócio jurídico indireto para efetivação do mútuo. Da mesma forma, difícil afirmar que a venda dos ativos adquiridos pela Companhia tenha dissimulado o oferecimento de bens em garantia, ou que o empréstimo tenha sido pago com os ativos. Segundo disposições contratuais e informações trazidas pelo Fisco Federal, esses bens foram definitivamente vendidos, e não se tem notícia de que o valor utilizado na compra tenha sido restituído à Companhia pela Petrobrás.

Tratando-se de negócio jurídico de conformação própria, amplamente divulgado e conhecido no mundo dos negócios, ainda que revele-se meio de financiamento de capital de giro, não poderia ser enquadrado como operação de mútuo.

É assim que peço vênia para apontar as evidências que, na leitura que faço das circunstâncias descritas, desnaturam, pelo menos em parte, o negócio tal como ele foi até este ponto revelado e esclarecido.

Informa o Relatório Fiscal que o capital social subscrito da Langstrand Holdings, em 31/12/2003, era de R\$100,00, R\$10,00 integralizados. Em 20/09/2004 foi alterada a razão social para Companhia Locadora de Equipamentos Petrolíferos — CLEP, mudando seu objeto social, que passou a ser a aquisição de ativos a serem locados à Petrobrás. Houve aumento do capital social subscrito de R\$100,00 para R\$180.000.000,00. A sociedade passou a ter como sócios, os fundos de pensão, PREVI, FAPES, FUNCEF, PETROS, VALIA e REAL GRANDEZA, com participação no capital social de R\$30.000.000,00, cada um.

Em 26/08/2004 a Langstrand Holdings S/A (atual CLEP) celebrou "Contrato de Compra de Nota" com a empresa BB FUND, constituída e existente de acordo com as Leis das Ilhas Cayman. Nele foi acordado que a Langstrand Holdings S.A. emitiria uma Nota no valor de US\$1.000.000.000,00, que será comprada pela BB FUND. Liberado o empréstimo, os valores foram repassados à Petrobrás, tanto quanto o foram os 180 milhões integralizados.

Como já dito, o *sale lease back* constitui uma transação comercial lícita, típica e constitui um financiamento não contemplado nas hipóteses de incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF. Contudo, o problema, a meu ver, esteve relacionado à forma de execução do negócio.

A Cláusula 11, abaixo, previa a disponibilização de recursos da Langstrand à Petrobrás, com vistas à negociação e aquisição de ativos.

Cláusula 11. Obrigações Adicionais das Partes

11.01 Para consecução do objeto deste Contrato, a Petrobras obriga-se a:

(a) utilizar, em nome da Langstrand os recursos por esta disponibilizados exclusivamente para dos Ativos Compromissados, conforme previsto neste Contrato;

(b) negociar, em nome da Langstrand, a aquisição de ativos e/ou contratação dos serviços necessários à execução do Projeto, adotando para tanto a mesma diligência normalmente adotada pela Petrobras na aquisição ou contratação em nome próprio de bens e serviços de natureza similar e sem dar, injustificadamente ou de forma estranha à normal condução de suas atividades, preferência a outras atividades ou operações. As partes reconhecem e acordam que, ao exercer esta atividade nos termos desta Cláusula 11.01(b), a Petrobras estará atuando em função de sua experiência e conhecimento em atividades dessa natureza, sendo que a Langstrand neste ato autoriza a Petrobras a negociar, em seu nome, a contratação de serviços e a compra dos Ativos a serem locados pela Langstrand Petrobras, obrigando-se a Petrobras a notificar a Langstrand imediatamente após cada compra ou contratação;

Por conta disso, a Companhia repassou à Petrobrás vultuosos recursos que permaneceram em poder da segunda durante um período de tempo significativamente grande, sem qualquer contra prestação ou ônus aparente, até que ela iniciasse e concluísse a demorada aquisição e transferência de ativos.

A tabela a seguir ilustra as ocorrências citadas.

	Venda de ativos	Recursos disponibilizado
30/12/2003		2.018.982.017,00
20/09/2004	1.541.810.630,00	
30/09/2004		2.944.842.906,00
30/09/2004		179.184.989,74
de 23/12/2004 a 24/11/2005	2.115.462.908,03	
Totais	3.657.273.538,03	5.143.009.912,74

Embora o primeiro repasse não tenha sido incluído no Auto de Infração, provavelmente por que a Fiscalização considerou decaído o direito de constituir o crédito a ele correspondente, o entendimento dos fatos requer que toda a movimentação de recursos e

transferência de ativos seja vista em conjunto. De se observar que o saldo final de R\$ 1.485.735.774,71, devolvido pela Petrobrás à Companhia equivale à diferença entre os R\$ 5.143.009.912,74 disponibilizados e os R\$ 3.657.273.538,03 que representam a venda de ativos. Ou seja, o negócio de fato iniciou com o primeiro repasse.

Assim, vê-se que, no final do ano de 2003 (30/12), a Companhia repassou à Petrobrás um pouco mais de dois bilhões de reais – R\$ 2.018.982.017,00. No final do mês de setembro do ano seguinte (dia 20), firmaram o primeiro contrato de transferência de ativos. Durante quase nove meses a Petrobrás ficou em poder de um adiantamento de mais de 2 bilhões de reais, sem nenhuma contraprestação declarada. E continuou em poder dos 477, 17 milhões de reais remanescentes até o final daquele ano, quando nova transferência de ativos foi feita. Mas, antes que fossem iniciadas as novas transferências de bens, a Companhia adiantou (30/09/2004) mais R\$ 3.124.027.895,74 (R\$2.944.842.906,00 mais R\$179.184.989,74) que foram sendo utilizados preponderantemente ao longo do ano de 2005.

A Delegacia da Receita Federal, após algumas divergências criteriosas em relação à metodologia de cálculo da base imponible, convenceu-se de que apenas parte do valor restituído constituiu um empréstimo. Peço mais uma vez vênha para divergir.

O todo foi executado em desacordo com os pressupostos que orientam as regras negociais mais comezinhas, com total ausência de razoabilidade.

Inaceitável que bilhões de reais sejam transferidos a terceiro e fiquem em seu poder por um período de tempo suficientemente longo para reverterem expressivos rendimentos, fossem empregados na menos rentável aplicação financeira disponível no mercado. E isso, sem nenhum ônus para Petrobrás e sem qualquer razão que justificasse a disponibilização com tanta antecedência.

E nem se fale em pagamento antecipado. A teor do item 11 do Contrato assinado entre as partes, foi prevista a transferência de recursos para posterior aquisição de ativos. Não me parece que tenha se constituído em pagamento, mas em adiantamento de numerário, como, de fato, previa o contrato (embora com finalidade de aquisição de bens no mercado e não de bens pertencentes à Petrobrás). Até por isso, parte foi devolvida ao final.

De fato, não há como aceitar que a compra de um bem seja realizada mediante a transferência de um quantum expressivamente superior ao seu valor e quase um ano antes da efetiva tradição, sendo depois o saldo restituído ao vendedor.

Por outro lado, também inadmissível que um adiantamento seja realizado de forma graciosa e despropositada, quando se fala de cifras do vulto das que aqui foram movimentadas.

O que parece ficar muito claro é que o negócio avençado terminou por ser executado de forma absolutamente atípica e sem motivação plausível.

Como já disse, não vejo elementos no processo que permita dizer que *sale lease back* não ocorreu ou dissimule outro negócio. Contudo, da maneira como processado, terminou por constituir, no seu bojo, outro negócio paralelo, não declarado.

Uma vez que a transferência antecipada não seja reconhecida como pagamento pelo preço dos ativos mais tarde transferidos, parece-me que esteja bem

caracterizada a disponibilização de recursos financeiros à Petrobrás, que a Companhia, a teor do lançamento que fez na contabilidade, das disposições contratuais e dos eventos que se sucederam, pretendia receber de volta, restando por caracterizada a operação de crédito correspondente ao mútuo.

Em decisão recente, essa Turma manifestou-se acerca da extensão do conceito de mútuo para fins de caracterização da ocorrência do fato gerador do IOF. Reproduzo pertinentes considerações do i. Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro ao longo do Voto proferido no Acórdão 3102-000.988, de 04 de maio de 2011.

Em suma, cabe a este Colegiado decidir se, como alega o Fisco, as narradas entregas de recursos assumem os contornos de operações de mútuo, extintas mediante o aumento da participação na sociedade mutuária ou devolução do montante transferido, ou se, como alega o Sujeito Passivo, investimentos, sob a forma de antecipações para futuro aumento de capital.

Tal distinção é crucial em função de que, nos termos do art. 13 da Lei nº 9.779, de 1999, operações de crédito **correspondentes** a mútuo (veja-se que a lei não falou em operações de mútuo), entre pessoas jurídicas, sujeitam-se à incidência do imposto. Confira-se:

[...]

Como é possível perceber, o legislador não condicionou a incidência do imposto à formalização de um contrato de mútuo, mas exclusivamente à concretização de uma operação de crédito correspondente a tal figura contratual, atualmente regulada pelo art. 586 e seguintes do Código Civil aprovado pela Lei nº 10.406, de 2002, que tem redação idêntica à do art. 1.256 do Código Civil de 1916.

[...]

Sabe-se, com efeito, que a pessoa jurídica que entregou os recursos os contabilizou como investimento e que a escrituração regular faz prova em favor da sociedade, mas isso não implica que este julgador retire dos elementos carreados ao processo interpretação idêntica à da assumida pelo responsável pela escrituração.

Até porque, como é cediço, em última análise, um empréstimo concedido em condições favoráveis ao fornecedor dos recursos, sob a ótica do mutuante, é um investimento, mas, evidentemente, não deixa de ser uma operação de mútuo.

Assim, sem que fique demonstrado que os recursos repassados representavam realmente um pagamento antecipado para aquisição de ações ou cotas a serem criadas quando do aumento de capital, em verdade, tem-se delineada uma operação de crédito, com os contornos de um contrato de mútuo, que poderia até estar garantida por um futuro aumento de capital.

[...]

Por outro lado, e a meu ver mais importante, extrai-se dos autos, ainda, que, sem qualquer justificativa, valores entregues em 2004 e 2005 só foram efetivamente capitalizados no final de 2006, o que prejudica a convicção de que o animus contratual, pelo menos por parte da receptora dos recursos, era aumentar a participação da Energisa em seu capital social.

Discordo, finalmente, que a caracterização do contrato de mútuo dependa da restituição integral dos recursos. É perfeitamente possível que, ao invés da restituição do montante, as partes extingam o vínculo obrigacional mediante a entrega de coisa móvel diversa da mutuada.

Nesse ponto, tomo emprestada a lição de Orlando Gomes, que, com a habitual clareza, pontifica:

“O contrato de mútuo tem por objeto, comumente, dinheiro, coisa fungível por excelência. Mercadorias e títulos constituem, também, embora menos freqüentemente, objeto de mútuo. Quanto a estes, tanto faz que se leve em conta a quantia que representam ou o número de valores da mesma classe.

Pode-se entregar mercadoria em determinado valor para que o mutuário devolva dinheiro...”

Também não vislumbro, apenas para argumentar, que o negócio jurídico inicialmente entabulado seja alterado em razão de fato posterior à sua celebração.

Ou seja, se, por exemplo, as partes celebraram, ainda que tacitamente, contrato de mútuo, a eventual extinção do vínculo obrigacional mediante dação em pagamento não implica transformação do contrato, nem, conseqüentemente, altera a lei que incide sobre ele.

No presente litígio, uma vez que não se tenha elementos para desconstituir o negócio declarado, a compreensão adequada dos fatos remete ao entendimento de que a execução do negócio avençado terminou por constituir outro negócio concomitante, de intenção não revelada formalmente. Subsistiu o empréstimo até o momento em que o *sale lease back* começou a ser operacionalizado, parcela por parcela.

Esse entendimento converge com critério utilizado pela Fiscalização Federal, que amortizou do valor emprestado as vendas de ativos realizadas, conforme excerto do Relatório abaixo transcrito.

19 – em decorrência do exposto estamos procedendo ao lançamento do 10F sobre R\$2.944.842.906,00, repassados para a Petrobrás em 30/09/2004, provenientes de empréstimo obtido no exterior e sobre R\$179.184.989,74 provenientes do Aumento de Capital, igualmente repassados para a Petróleo Brasileiro S/A. Petrobrás, nessa mesma data;

20 – o imposto sobre Operações Financeiras foi calculado levando-se em conta as amortizações feitas através das notas-fiscais indicadas no item 6;

Por todas as razões expostas, VOTO POR DAR INTEGRAL PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

Sala de Sessões, 26 de fevereiro de 2013.

(assinado digitalmente)

Ricardo Paulo Rosa – Relator.

CÓPIA