



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

Processo nº 13116.722092/2011-98
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-005.389 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de junho de 2018
Matéria IOF
Recorrente CAO A MONTADORA DE VEÍCULOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2008

IOF. CONTRATO DE MÚTUO. FORMA DE CÁLCULO DA BASE. SALDO DE PERÍODO ANTERIOR AO FISCALIZADO.

Compõe o fato gerador e a apuração do IOF o saldo do mútuo iniciado em período anterior ao fiscalizado, posto que no primeiro dia do ano fiscalizado há operação de crédito que é a continuação do mútuo pretérito, devendo ele ser tributado pelo IOF, em consonância com a legislação que rege a matéria.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA AGRAVADA. NÃO ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS. CABIMENTO.

Correta a aplicação da multa, no caso de lançamento de ofício, no percentual de 112,5% (cento e doze e meio por cento), quando o contribuinte reconhecidamente deixa de, nos prazos estipulados, prestar esclarecimentos em resposta a intimações da autoridade fiscal.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO. SÚMULA CARF Nº 2.

Nos termos da Súmula CARF nº 2 de 2009, este Conselho Administrativo não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Carlos Augusto Daniel Neto (Relator), Diego Diniz Ribeiro, Thais de Laurentiis Galkowicz e Maysa de Sá Pittondo Deligne, que votaram por dar provimento parcial ao recurso para excluir da base de cálculo os saldos devedores oriundos de exercícios anteriores ao fiscalizado (2008), cingindo-se a autuação aos saldos decorrentes dos fatos geradores ocorridos nesse exercício, e afastar o agravamento de multa. Designado para redigir o voto vencedor e como redator ad hoc o Conselheiro Pedro Sousa Bispo, na forma do art. 17, III, c/c Art. 58, § 13, do Anexo II do Regimento Interno do CARF. Julgamento iniciado em maio/2018 e concluído em junho/2018.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Redator Ad hoc Designado.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Redator Voto Vencedor Designado

Participaram da sessão de julgamento os seguintes Conselheiros: Waldir Navarro Bezerra (presidente da turma), Maria Aparecida Martins de Paula, Rodolfo Tsuboi (suplente convocado), Maysa de Sá Pittondo Deligne, Thais de Laurentiis Galkowicz, Diego Diniz Ribeiro, Pedro Sousa Bispo e Rodrigo Mineiro Fernandes.

Relatório

Na condição de redator "ad hoc" para formalização deste acórdão, passo a transcrever o relatório constante da minuta do voto do relator Carlos Augusto Daniel Neto.

" Trata o presente processo de Auto de Infração lavrado contra o Recorrente para a exigência de IOF, e correspondente multa de 112,5% por falta de recolhimento e agravada pelo não atendimento às intimações fiscais, relativo aos contratos de mútuo assinados em 2008.

O procedimento fiscal foi instaurado, tendo em vista a identificação de saldos em contas de mútuos entre coligadas contabilizadas no ativo realizável a longo prazo, representativas de direitos que o sujeito passivo possuía com outras pessoas jurídicas interligadas e pessoas físicas, para as quais disponibilizava recursos financeiros, sem o correspondente pagamento do IOF.

O sujeito passivo foi intimado para a apresentação de documentos fiscais no prazo de 20 dias, sem que os mesmos fossem apresentados. Foi lavrado termo de reintimação, entregue em 21/10/2011 (AR de fl.178), com prazo de 5 dias para atendimento. O Contribuinte apresentou documentos no dia 30/10/2011, encaminhando CD com o arquivo do SPED Contábil do ano de 2010.

Em razão do atraso na apresentação dos documentos, aplicou a fiscalização o agravamento de multa previsto no art. 44, I, §2º da Lei nº 9.430/96.

Com base na escrituração contábil da empresa do ano-calendário 2008, obtida através do SPED, a fiscalização constatou a existência de operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas (ou entre pessoa jurídica e pessoa física), sem prazo, realizado por meio de registros ou lançamentos contábeis, sem correspondente recolhimento do IOF.

A autoridade fiscal considerou base de cálculo do IOF **o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês**, na qual são computados os encargos debitados ao mutuário, a partir do dia subsequente ao término do período a que se referirem, com fulcro no art. 7º, I, “a” e § 13 do Regulamento do IOF, Decreto nº 6.306/2007.

Também considerou o agente fiscal que, a partir de 3 de janeiro de 2008, o IOF incide nessas operações à alíquota adicional de trinta e oito centésimos por cento sobre o somatório mensal dos acréscimos diários dos saldos devedores, com fundamento no art. 7º, §§ 15 e 16, do Regulamento do IOF. Os demonstrativos de apuração do IOF estão nas fls. 14/163.

Cientificado, o contribuinte apresentou Impugnação onde alegou o seguinte, conforme relatório da decisão *a quo*:

1. Do erro na apuração do montante envolvido nas operações de mútuo e da nulidade dos lançamentos em infringência ao MPF instaurado

A autoridade fiscal incorreu em equívoco ao considerar, na apuração da base de cálculo do IOF, a totalidade do saldo devedor constante nas contas analisadas, pois o referido saldo devedor não se referia somente às operações realizadas no ano-calendário de 2008 (anexou cópia dos contratos de mútuo), mas também a valores de contratos que vigoraram em anos anteriores, o que torna o lançamento nulo.

O procedimento fiscal estaria em conflito com o entendimento da própria Receita Federal, externado na Solução de Consulta nº 7/11, da SRRF/3ªRF, e na Solução de Consulta nº 109/08, da SRRF/6ªRF.

Ademais, os poderes outorgados à autoridade fiscal que desenvolveu a fiscalização, com subsídio em MPF, restringem-se para a verificação de fatos geradores de IOF relativos à operações realizadas entre janeiro e dezembro de 2008, configurando-se, pois, a nulidade do lançamento.

2. Da inexistência de responsabilidade da mutuante pelo pagamento do tributo após a realização do fato gerador

A impugnante não é contribuinte do IOF nas operações de mútuo realizadas, pois, em conformidade com os artigos 128, do CTN, 13, da Lei nº 9.779/99, e 5º, do Decreto nº 6.306/07, sua responsabilidade é limitada à retenção e ao recolhimento ao Erário do eventual montante retido.

Portanto, não tendo havido a retenção, após ocorrido o fato gerador da exação e encerrado o contrato vinculado às operações que deram origem ao mesmo, a pessoa jurídica não

está mais obrigada a assumir quaisquer obrigações atinentes ao adimplemento da exação.

Cita doutrina e precedentes judiciais que, no seu entender, amparariam a conclusão de que, na legislação que rege o IOF, não há determinação expressa no sentido de que a responsabilidade do mutuante (credor) se estenderá para a assunção do ônus econômico da exação quando este não cumprir com a sua obrigação, qual seja "reter" o montante do imposto incidente sobre o valor da operação e "recolher" o mesmo ao Erário.

3. Da não ocorrência de quaisquer atos comissivos e/ou omissivos passíveis de ensejarem a configuração de embaraço à fiscalização e/ou o agravamento da penalidade de ofício imputada

Sustenta a impugnante que não praticou quaisquer atos comissivos e/ou omissivos passíveis de configurarem embaraço à Fiscalização e darem ensejo à majoração da multa para 112,50% (cento e doze e meio por cento).

A integralidade dos documentos necessários já se encontrava na repartição antes mesmo do Termo de Início do Procedimento Fiscal, o que afasta a configuração de embaraço ao procedimento de fiscalização, consoante jurisprudência administrativa que cita.

Não foi praticado qualquer ato comissivo ou omissivo que pudesse ensejar prejuízo às atividades da Administração Tributária e/ou dívidas acerca da efetiva apuração das exações no período envolvido e, muito menos, qualquer ato doloso ou tendente à fraude.

4. Do caráter confiscatório e desproporcional das sanções aplicadas

Alega a suplicante que a multa aplicada foi definida em patamar desproporcional e confiscatório, em total descompasso com as orientações legais e constitucionais aplicáveis.

A multa imposta pelo Fisco acabou por confiscar, desproporcionalmente, relevante parte do patrimônio da Recorrente, revelando-se penalidade extorsiva.

A DRJ julgou improcedente sua impugnação em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS. APRECIÇÃO.

FALTA DE COMPETÊNCIA.

Não compete aos órgãos julgadores administrativos apreciar a constitucionalidade de lançamento fiscal cujos fundamentos encontram-se amparados em lei.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO.

Cabível o agravamento de metade do percentual da multa de ofício, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos.

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

Ano-calendário: 2008

OPERAÇÕES DE EMPRÉSTIMO. BASE DE CÁLCULO.

Na operação de empréstimo, sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito, 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.

OPERAÇÕES DE EMPRÉSTIMO. SUJEITO PASSIVO. RESPONSÁVEL.

Em face da relação jurídica existente, a pessoa jurídica que concede o crédito amolda-se à figura do sujeito passivo da espécie responsável de que trata o art. 121 do CTN, a suportar o lançamento tributário.

Irresignado, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário, repisando as razões de sua Impugnação.

Na sessão de 28/06/2017, este Colegiado entendeu pela conversão do julgamento em diligência através da Resolução nº 3402-001.028, para o cumprimento das seguintes providências:

(i) cientifique a Recorrente dessa Resolução e a intime para demonstrar a composição do saldo credor dos anos anteriores indicados no Termo de Início de Ação Fiscal (reiterado no Auto de Infração), inclusive com a juntada de eventuais contratos de mútuo dos anos anteriores e outros documentos que julgar necessários.

(ii) elabore Relatório Conclusivo analisando a documentação apresentada, manifestando-se expressamente quanto à alegação trazida pela Recorrente no tópico III.1 do Recurso Voluntário ("Das alegações de (1) erro na apuração do montante envolvido nas operações de mútuo e de (2) nulidade dos lançamentos em infringência ao MPF instaurado" efls. 344/345); e

(iii) intime a Recorrente do Relatório Conclusivo, concedendo-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para manifestação, nos termos do art. 35 do Decreto nº 7.574/2011.

Intimado, o contribuinte apresentou a resposta de fls. 426 e ss., seguido da apresentação do relatório fiscal de fls. 701-711 e manifestação subsequente da Recorrente.

O presente processo goza de tramitação prioritária com fundamento no art. 46, IV da Portaria MF nº 343/2015, conforme solicitação de preferência de fl. 382.

É o relatório."

Voto Vencido

Conselheiro Pedro Sousa Bispo, redator "ad hoc".

Na condição de redator "ad hoc" para formalização deste acórdão, passo a transcrever as razões do julgado, constantes do voto do Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto.

" Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido por este Colegiado.

Um primeiro ponto a ser ressaltado é que não há dúvida em torno da natureza jurídica das transferências de recursos entre a Recorrente e as demais empresas, sendo pacífico que se tratam de mútuos. Dito isto, são trazido no Recurso Voluntário diversos argumentos em favor da reforma do acórdão *a quo*, que deverão ser analisados sequencialmente, para melhor compreensão e enfrentamento dos mesmos. Para identificá-los, utilizar-se-ão os mesmos títulos atribuídos pelo Recorrente.

I) Do erro na apuração do montante envolvido nas operações de mútuo e da nulidade integral dos lançamentos guerreados em infringência ao MPF instaurado.

Alega o Recorrente que a Fiscalização abrangeu no lançamento outras realidades fáticas que não aquelas relacionadas ao ano-calendário de 2008, caracterizadas pelos contratos de mútuo (fls. 254-292) assinados entre a Recorrente e suas coligadas no dia 01/01/2008. Segundo alegado, o fiscal considerou na apuração do IOF o saldo devedor de *operações concretizadas em anos-calendários anteriores*, inclusive nos quais o fato gerador já havia ocorrido, trazendo-os todos para a competência de janeiro/2008.

Diante disso, cabe aqui analisar minuciosamente a apuração da base de cálculo do imposto para julgar a correção ou não do lançamento. Assim, devemos iniciar a análise pelo Regulamento do IOF, Decreto 6.306/2007, que aduz o seguinte a respeito da configuração da hipótese de incidência desse imposto:

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).

§ 1º Entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito:

I-na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado;

(...)

§ 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).

Como documentado nos contratos de fls. 254-292, e francamente acatado pela fiscalização e pelo Contribuinte, houve entrega de montantes da Recorrente às empresas coligadas em razão de mútuo, restando clara a ocorrência da conduta descrita na hipótese de incidência.

Frise-se que os contratos de mútuo confirmam que o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário **não está definido**, pois todos eles dispõem de cláusula de mesmo teor, a saber:

Cláusula Primeira: O presente contrato tem por finalidade o suprimento do numerário ao MUTUÁRIO, de valor indeterminado, a título de empréstimo, para efeito de gastos com custos e despesas.

Parágrafo Único: As partes de comum acordo resolvem que, na eventualidade de uma necessitar de recursos financeiros, a outra parte, dentro de suas possibilidades, procurará envidar todos os esforços para suprir a necessidade de recursos da parte solicitante.

Além disso, com o advento do artigo 13 da Lei nº 9.779/99, restou fora de qualquer dúvida o alcance dessa hipótese, abrangendo mútuo entre qualquer pessoa jurídica e física, mesmo que não sejam instituições financeiras.

Por fim, pode-se afirmar que o fato do mútuo ter se dado entre empresas de um mesmo grupo econômico não descaracteriza a incidência tributária, visto que os integrantes de grupo econômico **são pessoas distintas** – como se depreende da literalidade do art. 266 da Lei nº 6.404/76 – e, como tal, permanecem como sujeitos passivos das obrigações tributárias relativas aos fatos geradores por eles praticados. Senão vejamos:

Lei nº 6.404, de 1976:

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

Natureza

Art. 266. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos

*administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, **mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos.***

Assim, o simples fato de a operação ter sido realizada com integrante do grupo econômico da contribuinte não afasta a incidência do IOF. Portanto, pode-se afirmar, seguramente, a ocorrência do fato gerador do IOF no caso em tela.

Configurado o fato gerador, deve-se enfrentar aqui a metodologia aplicada na apuração da base de cálculo do imposto. A fiscalização deixou clara a forma como tal operação foi feita, conforme trecho do Termo de Verificação Fiscal:

Neste caso, a base de cálculo do IOF será o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês, na qual são computados os encargos debitados ao mutuário, a partir do dia subsequente ao término do período a que se referirem (art. 7º, I, "a" e § 13 do Regulamento do IOF, Decreto nº 6.306/2007). A partir de 3 de janeiro de 2008, o IOF incide nessas operações à alíquota adicional de trinta e oito centésimos por cento sobre o somatório mensal dos acréscimos diários dos saldos devedores (art. 7º, §§ 15 e 16, do Regulamento do IOF).

Tal raciocínio decorreu da aplicação do art. 7º, "a", I e §§ 15 e 16 do Decreto nº 6.306/2007, *verbis*:

*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%;

(...)

*§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).*

Pois bem, sobre esta base legislativa, o fiscal apresentou planilhas demonstrativas de apuração do IOF devido, por mês, para cada uma das empresas coligadas, de

Processo nº 13116.722092/2011-98
Acórdão nº 3402-005.389

S3-C4T2
Fl. 1.081

forma minuciosa (fls. 14 165). Vejamos a apuração do IOF para a competência janeiro/2008, em relação à empresa Hyundai Cacao do Brasil Ltda:

Data	Cód.Conta	Conta	Saldo Inicial	D/ C	Débitos	Créditos	Acréscimos Diários	Saldo Final	D/ C
01/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	125.862.201,25	D				125.862.201,25	D
02/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	125.862.201,25	D	6.087.026,23	9.746.438,07	0,00	122.202.789,41	D
03/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.202.789,41	D	0,00	0,00	0,00	122.202.789,41	D
04/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.202.789,41	D	0,00	0,00	0,00	122.202.789,41	D
05/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.202.789,41	D	0,00	0,00	0,00	122.202.789,41	D
06/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.202.789,41	D	0,00	0,00	0,00	122.202.789,41	D
07/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.202.789,41	D	67.000,00	0,00	67.000,00	122.269.789,41	D
08/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.269.789,41	D	0,00	0,00	0,00	122.269.789,41	D
09/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.269.789,41	D	0,00	0,00	0,00	122.269.789,41	D
10/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.269.789,41	D	108.000,00	0,00	108.000,00	122.377.789,41	D
11/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.377.789,41	D	85.404,17	808,87	84.595,30	122.462.384,71	D
12/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.462.384,71	D	0,00	0,00	0,00	122.462.384,71	D
13/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.462.384,71	D	0,00	0,00	0,00	122.462.384,71	D
14/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.462.384,71	D	0,00	0,00	0,00	122.462.384,71	D
15/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.462.384,71	D	0,00	0,00	0,00	122.462.384,71	D
16/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.462.384,71	D	0,00	0,00	0,00	122.462.384,71	D
17/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.462.384,71	D	5.000,00	6.000,00	0,00	122.461.384,71	D
18/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.461.384,71	D	180.400,00	164.000,00	16.400,00	122.477.784,71	D
19/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.477.784,71	D	5.453,22	0,00	5.453,22	122.483.237,93	D
20/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.483.237,93	D	0,00	0,00	0,00	122.483.237,93	D
21/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.483.237,93	D	195.600,00	391.200,00	0,00	122.287.637,93	D
22/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.287.637,93	D	0,00	588,80	0,00	122.287.049,13	D
23/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.287.049,13	D	0,00	0,00	0,00	122.287.049,13	D
24/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.287.049,13	D	0,00	0,00	0,00	122.287.049,13	D
25/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.287.049,13	D	0,00	0,00	0,00	122.287.049,13	D
26/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.287.049,13	D	0,00	0,00	0,00	122.287.049,13	D
27/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.287.049,13	D	0,00	0,00	0,00	122.287.049,13	D
28/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.287.049,13	D	0,00	0,00	0,00	122.287.049,13	D
29/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.287.049,13	D	0,00	0,00	0,00	122.287.049,13	D
30/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.287.049,13	D	68.000,00	0,00	68.000,00	122.355.049,13	D
31/01/2008	1220101707	Hyundai Cacao do Brasil Ltda	122.355.049,13	D	10.000,00	0,00	10.000,00	122.365.049,13	D

		(2)	(1)
	Soma	R\$ 359.448,52	R\$ 3.796.047.388,71
IOF (0,0041% x (1))	R\$ 155.637,94		
Adicional (0,38% x (2))	R\$ 1.365,90		
Total:	R\$ 157.003,85		

Como se vê claramente, o fiscal somou a totalidade dos saldos devedores diários, para chegar à base de cálculo (1), à qual seria aplicada a alíquota de 0,0041%, e somou os acréscimos diários ao saldo devedor para chegar à base de cálculo (2).

Nesse ponto, fica evidente a razão do Recorrente em seu pleito, visto que há dois vícios imediatamente constatáveis: i) a utilização de saldo devedor estranho aos contratos de mútuo relativos ao exercício de 2008, anexos ao presente processo, culminando em uma "inflação" da base de cálculo de maneira absolutamente descompassada em relação ao montante das transferências efetivamente ocorridas no período; e ii) em razão dessa "apropriação" do saldo devedor decorrente de outras operações de mútuo, ocorridas em exercícios pretéritos, o fiscal acaba por "lançar" o IOF relativo a períodos não abrangidos pelo Mandado de Procedimento Fiscal.

Ao determinar que a base de cálculo, nos casos de mútuo em que o valor não está definido, será ***o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês***, tal diretriz deve ser lida dentro do seu contexto legal, em consonância com o inciso a que se refere e que determina que os saldos devedores devem dizer respeito à *operação de crédito*, isto é, à operação de mútuo em análise - aquela que subsidiou as transferências entre a Recorrente e as empresas coligadas no ano de 2008 e se encontram substanciadas nos contratos existentes nos autos, com assinatura datada de 01/01/2008.

Não é outra a determinação dos princípios de articulação e redação das Leis, especialmente o art. 10, II e art. 11, III, ambos da Lei Complementar nº 95/98, importante instrumento hermenêutico para a compreensão dos textos normativos:

Art. 10. Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios:

*II - **os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas** e as alíneas em itens;*

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

III - para a obtenção de ordem lógica:

(...)

*d) **promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.***

Resta claro, pois, que a interpretação da alínea deve se dar sempre dentro dos limites albergados pelo inciso a que ela se refere, que por sua vez estará balizado pelo seu artigo.

No caso em tela, resta clara a existência de diversas operações de mútuo assinadas em 01/01/2008, que foram a causa formal dos débitos escriturados na conta de Ativos Realizáveis a Longo Prazo (RLP), por se tratar de empréstimos entre sociedades coligadas, em atendimento à prescrição do art. 179, II da Lei nº 6404/76.

Aqui, todavia, é importante precisar as fronteiras existentes entre o Direito Tributário e a Contabilidade das empresas. Como pontua José Artur Lima Gonçalves,

A técnica contábil consiste no conjunto de convenções internacionalmente formalizadas – observadas certas particularidades regionais –, vulgarmente denominadas de princípios contábeis geralmente aceitos, que possibilitam traduzir em lançamentos numéricos os eventos econômicos pertinentes às unidades empresariais. (Imposto de Renda: o artigo 43 do CTN e a Lei Complementar 104/01. Revista Dialética de Direito Tributário nº 67)

O próprio artigo 177, §2º da Lei 6404/76 dispõe expressamente sobre essa separação entre o Direito Tributário e os registros contábeis para fins societários e de demonstração de resultados:

Art. 177 (...)

§ 2º A companhia observará exclusivamente em livros ou registros auxiliares, sem qualquer modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam, conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem registros, lançamentos ou ajustes ou a elaboração de outras demonstrações financeiras.

Assim, o que para o Direito Tributário corresponde a diversas operações distintas de mútuo entre duas empresas coligadas, relativas a competências distintas, que consubstanciam diferentes ocorrências do fato gerador do IOF, para a Contabilidade isso é uma sucessão de Débitos e Créditos registrados na Conta de Ativo RLP, segregado subjetivamente de acordo com o mutuário.

De fato, para a Contabilidade, importa o acúmulo de saldo devedor decorrente dos mútuos assumidos em exercícios anteriores, para fins de bem retratar o patrimônio líquido da empresa, como bem representado na Conta da empresa. Todavia, para o Direito Tributário e, especialmente, para apuração da base de cálculo do IOF, é pertinente apenas os saldos devedores decorrentes daquele fato gerador ocorrido, e não de todos os fatos geradores pretéritos - sob o risco de se criar uma "bola de neve" de incidência de IOF.

O ideal, sob a perspectiva do registro contábil, seria a manutenção, pela Recorrente, de contas específicas para cada contrato de mútuo, por mutuário, paralelamente ao controle de todos os empréstimos na conta dos ativos realizáveis a longo prazo, pois se trata aqui de duas realidades absolutamente distintas - uma jurídica e outra contábil.

A absoluta errônea do método de cálculo utilizado pelo fiscal fica evidenciada, por exemplo, na apuração do mês de Janeiro/2008 para a empresa Elivel Automotores Ltda (fl. 29):

Data	Cód.Conta	Conta	Saldo Inicial	D/ C	Débitos	Créditos	Acréscimos Diários	Saldo Final	D/ C
01/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	59.656.541,70	D	0,00	0,00	0,00	59.656.542,70	D
02/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	59.656.542,70	D	4.083.729,00	0,00	4.083.729,00	63.740.271,70	D
03/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
04/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
05/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
06/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
07/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
08/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
09/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
10/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
11/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
12/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
13/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
14/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
15/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
16/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
17/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
18/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
19/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
20/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
21/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
22/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
23/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
24/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
25/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
26/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
27/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
28/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
29/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
30/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D
31/01/2008	1220101701	Elivel Automotores Ltda	63.740.271,70	D	0,00	0,00	0,00	63.740.271,70	D

		(2)	(1)
Soma	R\$	4.083.729,00	R\$ 1.971.864.693,70
IOF (0,0041% x (1))	R\$	80.846,45	
Adicional (0,38% x (2))	R\$	15.518,17	
Total:	R\$	96.364,62	

Como se vê, durante o mês há apenas um Débito registrado no valor de R\$ 4.083.729,00, todavia, quando da apuração ao final do IOF devido através do somatório dos saldos devedores diários, no último dia do mês, o fiscal chegou ao absurdo valor de R\$ 1.971.864.693,70 - quase quinhentas vezes o valor da efetiva transferência de valores!

Ou, pior ainda, ao se analisar a competência de Fevereiro/2008 em relação à mesma empresa (fl. 30), se verifica que não houve **nenhuma** transferência entre a mutuante e a mutuária no período, mas ao final do mês, através da soma dos saldos devedores pretéritos, chegou o fiscal à base de cálculo do IOF no valor de R\$ 1.848.467.879,30!

Nessa metodologia "explosiva", a base de cálculo mensal do IOF no mútuo entre a Hyundai Caoa do Brasil Ltda e a Recorrente girava em torno de 4 bilhões, chegando a um total aproximado de 48 bilhões ao final de 2008: isso significa dizer que, *para a fiscalização*, a Recorrente emprestou a esta empresa, no ano de 2008, o equivalente a 1,6% do Produto Interno Bruto apurado naquele ano (em torno de 3.030 bilhões)!

Creio que essas observações deixem em evidência a errônea interpretação dada aos dispositivos do art. 7º do RIOF, os quais replico abaixo para tentar aclarar sua correta exegese:

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:

Como se vê, o inciso I se refere especificamente a UMA operação de crédito, que é justamente aquela que configurou o fato gerador ocorrido no período abrangente das competências fiscalizadas - é dizer, refere-se aos mútuos acordados em 2008, plenamente comprovados com os contratos anexos - e não a TODAS as operações de crédito que duas empresas tenham realizado em todo o curso de suas atividades econômicas.

Nesse sentido, o art. 3º do RIOF aduz: "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*" - o critério de segregação é a **ocorrência do fato gerador**, de modo que cada nova operação de crédito, cada novo mútuo, corresponde a uma nova configuração fática dos elementos da hipótese de incidência, ensejando uma nova apuração de sua base de cálculo.

Portanto, ao determinar que se apure mensalmente o somatório dos saldos devedores diários, a legislação está se referindo aos saldos devedores decorrentes daquela operação de crédito específica que constitui o fato gerador da competência em análise - neste caso, os contratos de mútuo assinados em 01/01/2008.

Apesar da Conta de Ativo RLP, para fins de contabilidade, abranger conjuntamente os saldos devedores pretéritos, relativos a outras operações de crédito ocorridas em anos anteriores, para a determinação do valor da base de cálculo do imposto é preciso segregar o fato gerador fiscalizado dos relativos a outras competências.

Não existe qualquer óbice à possibilidade de duas pessoas coligadas realizarem diversas operações de crédito que gerem um saldo devedor decorrente para uma delas, de modo que o Direito Tributário não pode, para fins de cálculo do IOF, tratá-las como se fosse apenas um negócio jurídico - salvo a hipótese de demonstração de se tratar de simulação, o que não foi sequer ventilado nos autos pela fiscalização.

Diante disso, é claramente indevida a inclusão, na base de cálculo do IOF, de todos os valores de saldos anteriores a Janeiro/2008.

A comprovação prática da viabilidade da segregação dos saldos por período no qual eles foram gerados veio justamente com o resultado da diligência, através da qual o contribuinte juntou planilhas demonstrando a composição do saldo inicial em 01/01/2008, e mostrando que o mesmo, durante o ano de 2007, já partia de um saldo existente em 2006:

SNG	IFS	CONTA	dez-06	jan-07	fev-07	mar-07	abr-07
	12201	CONTAS CORRENTES COLIGADAS	191.047.572,20	197.890.728,16	197.050.421,56	207.055.736,66	210.365.229,07
1.2.1.30.0002.9	1220101700	CAOA NORTE COMERCIO DE VEICULOS LTDA	219.618,50	398.569,16	439.154,44	639.429,68	639.429,68
1.2.1.30.0017.0	1220101701	ELIVEL AUTOMOTORES LTDA	61.272.630,54	61.453.896,99	61.520.657,72	61.828.870,77	61.923.744,05
1.2.1.30.0016.9	1220101702	PAULIVEL VEICULOS LTDA	410.500,65	506.394,51	533.436,44	656.324,71	713.366,67
1.2.1.30.0012.1	1220101703	CONCORDIA VEICULOS LTDA	1.679.058,66	1.741.273,01	1.806.519,53	1.829.882,74	1.867.395,89
1.2.1.30.0011.0	1220101704	VEPEL VEICULOS E PEÇAS LTDA	56,45	56,45	56,45	56,45	56,45
1.2.1.30.0023.6	1220101705	CAOA CAMINHÕES	1.220.421,46	1.220.421,46	1.220.421,46	1.220.421,46	1.220.421,46
1.2.1.30.0021.2	1220101707	HYUNDAI CAOA DO BRASIL LTDA	112.033.658,17	115.558.483,33	115.174.042,17	120.115.270,45	120.258.820,45
1.2.1.30.0024.8	1220101708	S MOTORS COM. IMP. E EXP. LTDA	13.835.480,24	16.629.453,66	16.482.453,66	20.148.272,22	20.174.786,23
1.2.1.30.0015.7	1220101709	CAOA COM. DE VEICULOS IMP. LTDA	9.660,48	9.200,62	9.200,62	9.200,62	9.200,62
	1220101710	CAOA PATRIMONIAL	-	-	-	-	-
1.2.1.30.0022.4	1220101711	C.A. DE OLIVEIRA ANDRADE - PANAMÁ	362.521,74	362.521,74	362.521,74	362.521,74	362.521,74
1.2.1.30.0027.3	1220101712	EMPA PARTICIPAÇÕES S/A	3.957,31	10.457,31	101.957,31	245.485,82	3.195.485,82
	12202	CONTAS CORRENTES SÓCIOS	11.070,00	11.070,00	11.070,00	12.656,00	12.656,00
1.2.1.20.0001.0	1220101713	CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA ANDRADE	11.070,00	11.070,00	11.070,00	12.656,00	12.656,00

SNG	IFS	CONTA	mai-07	jun-07	jul-07	ago-07
	12201	CONTAS CORRENTES COLIGADAS	224.612.732,19	225.410.606,56	222.476.712,62	223.620.285,28
1.2.1.30.0002.9	1220101700	CAOA NORTE COMERCIO DE VEICULOS LTDA	673.577,43	672.223,91	672.223,91	672.223,91
1.2.1.30.0017.0	1220101701	ELIVEL AUTOMOTORES LTDA	62.326.652,95	62.508.763,23	61.257.009,06	61.209.654,06
1.2.1.30.0016.9	1220101702	PAULIVEL VEICULOS LTDA	824.347,97	853.811,05	853.811,05	853.811,05
1.2.1.30.0012.1	1220101703	CONCORDIA VEICULOS LTDA	1.940.497,84	1.956.177,48	1.956.177,48	1.956.177,48
1.2.1.30.0011.0	1220101704	VEPEL VEICULOS E PEÇAS LTDA	56,45	56,45	56,45	56,45
1.2.1.30.0023.6	1220101705	CAOA CAMINHÕES	1.220.421,46	1.220.421,46	1.220.421,46	3.208.569,05
1.2.1.30.0021.2	1220101707	HYUNDAI CAOA DO BRASIL LTDA	129.654.973,94	130.172.135,04	129.851.534,55	129.045.784,55
1.2.1.30.0024.8	1220101708	S MOTORS COM. IMP. E EXP. LTDA	24.393.146,44	24.436.187,96	24.207.587,95	24.207.587,95
1.2.1.30.0015.7	1220101709	CAOA COM. DE VEICULOS IMP. LTDA	9.200,62	9.200,62	9.200,62	9.200,62
	1220101710	CAOA PATRIMONIAL	11.849,53	23.821,80	80.682,53	89.212,05
1.2.1.30.0022.4	1220101711	C.A. DE OLIVEIRA ANDRADE - PANAMÁ	362.521,74	362.521,74	362.521,74	362.521,74
1.2.1.30.0027.3	1220101712	EMPA PARTICIPAÇÕES S/A	3.195.485,82	3.195.485,82	2.005.485,82	2.005.485,82
	12202	CONTAS CORRENTES SÓCIOS	13.703,75	13.703,75	13.703,75	154.760,95
1.2.1.20.0001.0	1220101713	CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA ANDRADE	13.703,75	13.703,75	13.703,75	154.760,95

SNG	IFS	CONTA	set-07	out-07	nov-07	dez-07	Atual
1.2.1.30.0002.9	1220101700	CAOA NORTE COMERCIO DE VEICULOS LTDA	223.793.879,39	224.591.731,26	225.284.610,60	212.136.373,59	212.136.373,59
1.2.1.30.0017.0	1220101701	ELIVEL AUTOMOTORES LTDA	672.223,91	672.223,91	672.223,91	1.069.633,50	1.069.633,50
1.2.1.30.0016.9	1220101702	PAULIVEL VEICULOS LTDA	61.209.654,06	61.209.654,06	61.209.654,06	59.656.542,70	59.656.542,70
1.2.1.30.0012.1	1220101703	CONCORDIA VEICULOS LTDA	853.811,05	853.811,05	853.811,05	1.290.801,74	1.290.801,74
1.2.1.30.0011.0	1220101704	VEPEL VEICULOS E PEÇAS LTDA	1.956.177,48	1.956.177,48	1.956.177,48	1.286.177,48	1.286.177,48
1.2.1.30.0023.6	1220101705	CAOA CAMINHÕES	5.056,45	120.346,45	130.046,45	-	-
1.2.1.30.0021.2	1220101707	HYUNDAI CAOA DO BRASIL LTDA	3.208.569,05	3.208.569,05	3.208.569,05	691.569,05	691.569,05
1.2.1.30.0024.8	1220101708	S MOTORS COM. IMP. E EXP. LTDA	129.111.794,55	129.224.781,13	129.919.610,06	125.862.201,25	125.862.201,25
1.2.1.30.0015.7	1220101709	CAOA COM. DE VEICULOS IMP. LTDA	24.207.587,95	24.207.587,95	24.227.587,95	20.373.962,05	20.373.962,05
	1220101710	CAOA PATRIMONIAL	9.200,62	9.200,62	9.200,62	-	-
1.2.1.30.0022.4	1220101711	C.A. DE OLIVEIRA ANDRADE - PANAMÁ	101.795,82	691.372,00	709.722,41	-	-
1.2.1.30.0027.3	1220101712	EMPA PARTICIPAÇÕES S/A	362.521,74	362.521,74	362.521,74	-	-
	12202	CONTAS CORRENTES SÓCIOS	2.005.485,82	2.005.485,82	2.005.485,82	2.005.485,82	2.005.485,82
1.2.1.20.0001.0	1220101713	CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA ANDRADE	187.760,95	354.552,35	387.932,35	-	-

Esse modo de cálculo adotado pela fiscalização, além de materialmente equivocado, gera também vício formal pois, indiretamente, busca lançar o tributo sobre operações de mútuo ocorridas em períodos anteriores, extrapolando da autorização dada Mandado de Procedimento Fiscal, referente exclusivamente ao IOF do ano-calendário 2008.

Repisando o Decreto 7574/2011, verificam-se as causas de início do procedimento fiscal:

Art.33.O procedimento fiscal tem início com (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 7º):

*I-o primeiro ato de ofício, por escrito, **praticado por servidor competente**, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;*

O legislação é clara ao frisar que para iniciar o procedimento administrativo não basta ato de qualquer servidor - de qualquer Auditor-Fiscal da RFB - mas apenas daquele que possua **competência** para tanto, termo este que designa um feixe de poderes e deveres funcionais atribuídos a um determinado servidor público.

Nesse caso, a competência específica para iniciar o procedimento fiscalizatório decorre do Mandado de Procedimento Fiscal (respeitadas as exceções expressas), conforme art.2º do Dec. 3.724/2001, *verbis*:

Art.2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal

do Brasil serão executados, em nome desta, pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e somente terão início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído mediante ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Da leitura, depreende-se que o MPF é ordem específica, isto é, não se trata de um cheque em branco dado ao agente administrativo, mas de um ato-regra que determina as balizas específicas sob as quais aquela atividade fiscalizatória irá se desenvolver, apontando assim quem será o contribuinte, que será o servidor competente, o prazo que deverá durar a fiscalização etc. Ultrapassados os limites do MPF, cessa a competência específica do agente administrativo relativa àquele procedimento fiscalizatório.

O MPF é, ao mesmo tempo, uma espada à mão da RFB, a ser apontada aos fiscalizados, e um escudo à mão dos Contribuinte, cuja sujeição encontra-se *a priori* balizada de forma precisa em um ato administrativo prévio. Nesse sentido é a precisa lição de Maria Teresa Martínez e Marcos Vinícius Neder, em obra de fôlego sobre o tema (NEDER, Marcos Vinícius; LÓPEZ, Maria Teresa M. *Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado*, 3ªed. São Paulo: Dialética, 2010. P.143):

Nesse diapasão, os órgãos administrativos têm amplo poder de ser organizar, direcionando sua força de trabalho de forma a melhor cumprir sua atribuição. (...) Via de regra, esse disciplinamento é apenas interno, ou seja, seu descumprimento só acarreta responsabilização interna corporis.

O MPF, contudo, inovou ao dar conhecimento do conteúdo dessas diretrizes internas ao contribuinte. Trata-se de um instrumento que visa permitir ao fiscalizado assegurar-se da autenticidade da ação fiscal contra si instaurada, pois dá-lhe conhecimento do tributo que será objeto de investigação, dos períodos a serem investigados, do prazo para a realização do procedimento fiscal e do agente que procederá à fiscalização. Nasce, a partir da ciência, o direito subjetivo de que esse procedimento seja efetivamente obedecido no curso dos trabalhos. (grifou-se)

Ora, ou o MPF tem eficácia vinculante para a Administração, ou se trata de ato administrativo desprovido, desprovido de qualquer efeito normativo em relação à atividade fiscalizatória. Parece-nos que esta última opção é largamente contrária à dicção da legislação citada anteriormente e à própria vereda da legalidade à qual está sujeito o agente público, podendo agir apenas em seu limites estritos.

Caso assim não fosse, qualquer fiscal poderia realizar a fiscalização em qualquer contribuinte, pelo tempo que quisesse, e abrangendo sua atividade a quaisquer períodos e tributos que seu alvitre alcançasse. Estaríamos diante de um verdadeira *arbitrio fiscal*, sob o fundamento, invocado na argumentação que esvazia de normatividade o MPF, de que a competência do Auditor-Fiscal decorre da lei, e não daquele ato.

Além disso, tal raciocínio não é de todo correto. A competência fiscalizatória do Auditor-Fiscal decorre *parcialmente* da sua investidura em tal cargo, mas deve ser *integrada pela expedição do MPF*, como condição de início da sua atividade de fiscalização em relação a determinado contribuinte. Basta que pensemos analogamente no *princípio do juiz*

natural, usual no processo civil: a competência dos juízes para julgar decorre da investidura em tal cargo, mas não apenas disto, devendo ser integrada pelas regras estabelecidas de determinação da jurisdição de cada juiz, e estando absolutamente adstritos a elas, sob pena de nulidade da decisão.

Com tal exposição, creio que tenhamos deixado claro o papel relevante e vinculante que o MPF possui dentro do contexto da atividade fiscalizatória da RFB, cabendo agora analisar o caso concreto.

Neste caso, o MPF determinou a fiscalização exclusivamente de fatos geradores ocorridos no exercício de 2008 de modo que, uma vez bem determinados, cabe à fiscalização segregar à partir da contabilidade os montantes de saldo devedor decorrentes desse fato gerador, excluindo os saldos transportados de exercícios anteriores e, por sua vez, referentes a **outros** fatos geradores, de **outros** exercícios.

Permitir isto seria autorizar o fiscal a dar, como dizem, um *bypass* no MPF, contornando a sua restrição legal para tributar saldos devedores de outros exercícios.

Portanto, além do vício material decorrente do erro na apuração da base de cálculo, há que se apontar também vício formal, decorrente da incompetência do auditor para lançar o tributo sobre saldos de períodos anteriores a 2008.

Diante disso, deve-se excluir da apuração da base de cálculo os saldos devedores oriundos de outros exercícios.

Subsidiariamente, analisar-se-ão brevemente os demais tópicos de defesa.

II) Da inexistência de responsabilidade da mutuante pelo pagamento do tributo após a concretização da operação, a realização do fato gerador e o encerramento do contrato.

Alega a Recorrente que sua responsabilidade seria de meramente **reter** e **recolher** o tributo devido pela tomadora de crédito, repassando-o ao Erário.

Vejamos os arts. 4º e 5º do RIOF:

*Art. 4º **Contribuintes do IOF são as pessoas físicas ou jurídicas tomadoras de crédito** (Lei nº 8.894, de 1994, art. 3º, inciso I, e Lei nº 9.532, de 1997, art. 58).*

Parágrafo único. No caso de alienação de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo a empresas de factoring, contribuinte é o alienante pessoa física ou jurídica.

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).

Diante da dicção legal, resta absolutamente claro que a Recorrente não é mero agente de retenção, mas sim responsável tributário, amoldando-se à configuração de sujeito passivo da exação, nos termos do art. 121 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Portanto, aquele que detém a obrigação de pagar o tributo é o responsável, por força de lei, não havendo que se equiparar a situação, por exemplo, àquela do Imposto de Renda retido na fonte, em que a fonte pagadora fará mera retenção a título de antecipação do imposto devido na Declaração de Ajuste Anual.

Rejeito, pois, tal argumento do Recorrente.

III) Da não ocorrência de quaisquer atos comissivos e/ou omissivos passíveis de ensejarem a configuração de embaraço à fiscalização e/ou agravamento da penalidade de ofício imputada.

O sujeito passivo foi cientificado em 19/09/2011 do Termo de Início do Procedimento Fiscal (fls. 166/167), para, no **prazo de 20 (vinte) dias**, apresentar diversos livros e documentos, bem como prestar esclarecimentos, não apresentando qualquer documento ou esclarecimento no prazo concedido.

Em 21/10/2011, a fiscalização notificou o Recorrente do Termo de Reintimação, Intimação e Constatação Fiscal, fls. 169/171, ficando o sujeito passivo reintimado para, no **prazo de 5 dias**, apresentar os documentos e esclarecimentos já solicitados, e intimado a apresentar a Escrituração Contábil Digital SPED Contábil, referente ao ano-calendário 2010, entre outros. Cientificado, não apresentou qualquer documento ou esclarecimento no prazo concedido.

Em razão disso, aplicou-se à multa de ofício o agravamento de metade do percentual de que trata o art. 44, inciso I e § 2º, da Lei nº 9.430/96.

Todavia, verifica-se que o Recorrente apresentou a escrituração contábil da empresa em 30/10/2011 - 9 dias após a notificação do Termos de Reintimação, atendendo, ainda que parcialmente e de forma extemporânea, a solicitação fiscal.

Em primeiro lugar, causa espécie o exíguo prazo concedido na reintimação (5 dias, apenas), enquanto a intimação anterior, que solicitou igual conteúdo, franqueava 20 dias para o seu cumprimento. O prazo concedido deve ser razoável para o seu atendimento pelo Contribuinte, e não apenas "*pro forma*" para fins de atender ao dever de intimá-lo.

Se na primeira intimação entendeu-se como razoável o prazo de 20 dias, para a segunda o mesmo prazo deveria ter sido replicado, e não reduzido a um quarto do período original, utilizando-se da Termo de Reintimação apenas como "rito de passagem" da aplicação da multa agravada do art. 44, I, §2º da Lei 9.430/96.

Em segundo lugar, verifica-se também que a fiscalização se deu com base nos documentos fornecidos, ainda que extemporaneamente, pelo Recorrente. Com base neles, a fiscalização logrou (pelo menos a seu juízo) determinar minuciosamente o fato tributável e calcular (novamente, sob seus critérios de correção contestada) o montante do tributo devido, com elaboração de extensos demonstrativos e sem necessidade de arbitramentos e presunções.

Determina o art. 2º, p.u., VI da Lei nº 9.874/99 que:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

No caso em tela, a intimação atendeu o seu fim, que era obter subsídios documentais para viabilizar a lavratura do auto de infração, não havendo necessidade de aplicar a multa agravada proposta, vez que se configura imposição desnecessária diante do interesse público de fiscalizar os fatos geradores.

Diante da circunstância de absoluta ausência de prejuízo à fiscalização, deve-se aplicar a regra do art. 65 da Lei nº 9.784/99:

Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

A circunstância da ausência de prejuízo à atividade fiscalizatória tem o condão de justificar o afastamento da multa agravada.

Desse modo, com razão o contribuinte, devendo ser afastada a aplicação do agravamento previsto no art. 44, I, §2º da Lei 9.430/96.

IV) Do caráter confiscatório e desproporcional das sanções aplicadas.

No que concerne à suposta violação ao princípio constitucional do não-confisco, o seu exame se insere no tema da impossibilidade de o julgador administrativo se manifestar sobre a constitucionalidade de lei, no caso a lei que embasou o lançamento das multas de ofício.

Deve-se aplicar, no caso, a Súmula CARF nº 02, *verbis*:

Súmula CARF nº 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Assim, não pode este Colegiado se manifestar sobre tal questão, devendo o pretensão ser julgada insubsistente.

V) Conclusão

Ante o exposto, voto dar PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para determinar a exclusão da base de cálculo dos saldos devedores oriundos de exercícios anteriores ao fiscalizado (2008), cingindo-se a autuação aos saldos decorrentes dos fatos geradores ocorridos neste exercício, e afastar a aplicação do agravamento de multa previsto no art. 44, I, §2º da Lei 9.430/96.

É como voto.

Carlos	Augusto	Daniel	Neto	-	Relator"
--------	---------	--------	------	---	----------

Voto Vencedor

Com a devida vênia, o Colegiado, por voto de qualidade, ousou discordar do ilustre Conselheiro Relator para negar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos a seguir por mim explicitados, haja vista que fui designado como Redator do voto vencedor.

Em suma, a matéria ora analisada se refere a lançamento de ofício de IOF relativo aos contratos de mútuo de 2008, e correspondente multa de 112,5% por falta de recolhimento e agravada pelo não atendimento às intimações fiscais.

Inicialmente, como bem disse o Conselheiro Relator na introdução do seu voto, constata-se que as operações aqui tratadas se caracterizam como mútuo e que o fato do mútuo ter se dado entre empresas de um mesmo grupo econômico não descaracteriza a incidência tributária, visto que os integrantes de grupo econômico *são pessoas distintas* – como se depreende da literalidade do art. 266 da Lei nº 6.404/76 – e, como tal, permanecem como sujeitos passivos das obrigações tributárias relativas aos fatos geradores por eles praticados. Portanto, pode-se afirmar, seguramente, a ocorrência do fato gerador do IOF no caso em tela, nos termos do art. 13 da Lei nº 9.779/99.

A discordância do Colegiado se deu principalmente quanto a metodologia aplicada ao cálculo do IOF proposta pela Recorrente e encampada pelo ilustre Relator.

A metodologia utilizada pela Fiscalização foi assim descrita no Relatório Fiscal:

Neste caso, a base de cálculo do IOF será o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês, na qual são computados os encargos debitados ao mutuário, a partir do dia subsequente ao término do período a que se referirem (art. 7º, I, “a” e § 13 do Regulamento do IOF, Decreto nº 6.306/2007). A partir de 3 de janeiro de 2008, o IOF incide nessas operações à alíquota adicional de trinta e oito centésimos por cento sobre o somatório mensal dos acréscimos diários dos saldos devedores (art. 7º, §§ 15 e 16, do Regulamento do IOF).

Para operar o lançamento fiscal a Fiscalização apresentou planilhas demonstrativas de apuração do IOF devido, por mês, para cada uma das empresas coligadas, de forma minuciosa (fls. 14 165). Para exemplificar, apresenta-se a apuração do IOF para a competência janeiro/2008, em relação à empresa Hyundai Caoa do Brasil Ltda:

Processo nº 13116.722092/2011-98
Acórdão nº 3402-005.389

S3-C4T2
Fl. 1.087

Data	Cód.Conta	Conta	Saldo Inicial	D/ C	Débitos	Créditos	Acréscimos Diários	Saldo Final	D/ C
01/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	125.862.201,25	D				125.862.201,25	D
02/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	125.862.201,25	D	6.087.026,23	9.746.438,07	0,00	122.202.789,41	D
03/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.202.789,41	D	0,00	0,00	0,00	122.202.789,41	D
04/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.202.789,41	D	0,00	0,00	0,00	122.202.789,41	D
05/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.202.789,41	D	0,00	0,00	0,00	122.202.789,41	D
06/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.202.789,41	D	0,00	0,00	0,00	122.202.789,41	D
07/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.202.789,41	D	67.000,00	0,00	67.000,00	122.269.789,41	D
08/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.269.789,41	D	0,00	0,00	0,00	122.269.789,41	D
09/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.269.789,41	D	0,00	0,00	0,00	122.269.789,41	D
10/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.269.789,41	D	108.000,00	0,00	108.000,00	122.377.789,41	D
11/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.377.789,41	D	85.404,17	808,87	84.595,30	122.462.384,71	D
12/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.462.384,71	D	0,00	0,00	0,00	122.462.384,71	D
13/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.462.384,71	D	0,00	0,00	0,00	122.462.384,71	D
14/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.462.384,71	D	0,00	0,00	0,00	122.462.384,71	D
15/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.462.384,71	D	0,00	0,00	0,00	122.462.384,71	D
16/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.462.384,71	D	0,00	0,00	0,00	122.462.384,71	D
17/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.462.384,71	D	5.000,00	6.000,00	0,00	122.461.384,71	D
18/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.461.384,71	D	180.400,00	154.000,00	16.400,00	122.477.784,71	D
19/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.477.784,71	D	5.453,22	0,00	5.453,22	122.483.237,93	D
20/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.483.237,93	D	0,00	0,00	0,00	122.483.237,93	D
21/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.483.237,93	D	195.600,00	391.200,00	0,00	122.267.637,93	D
22/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.267.637,93	D	0,00	588,80	0,00	122.267.049,13	D
23/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.267.049,13	D	0,00	0,00	0,00	122.267.049,13	D
24/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.267.049,13	D	0,00	0,00	0,00	122.267.049,13	D
25/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.267.049,13	D	0,00	0,00	0,00	122.267.049,13	D
26/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.267.049,13	D	0,00	0,00	0,00	122.267.049,13	D
27/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.267.049,13	D	0,00	0,00	0,00	122.267.049,13	D
28/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.267.049,13	D	0,00	0,00	0,00	122.267.049,13	D
29/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.267.049,13	D	0,00	0,00	0,00	122.267.049,13	D
30/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.267.049,13	D	68.000,00	0,00	68.000,00	122.355.049,13	D
31/01/2008	1220101707	Hyundai Caca do Brasil Ltda	122.355.049,13	D	10.000,00	0,00	10.000,00	122.365.049,13	D

		(2)	(1)
	Soma	R\$ 359.448,52	R\$ 3.796.047.388,71
IOF (0,0041% x (1))	R\$ 155.637,94		
Adicional (0,38% x (2))	R\$ 1.365,90		
Total:	R\$ 157.003,85		

O ponto de discordância da Recorrente com relação a metodologia adotada pela Autoridade Tributária diz respeito, principalmente, a utilização de saldo devedor estranho aos contratos de mútuo relativos ao exercício de 2008, período da fiscalização, culminando em uma "inflação" da base de cálculo de maneira absolutamente descompassada em relação ao montante das transferências efetivamente ocorridas no período; e, em razão dessa "apropriação" do saldo devedor decorrente de outras operações de mútuo, ocorridas em exercícios pretéritos, o fiscal acaba por "lançar" o IOF relativo a períodos não abrangidos pelo Mandado de Procedimento Fiscal.

Em outras palavras, a Recorrente alega que a legislação ao determinar que se apure mensalmente o somatório dos saldos devedores diários, está se referindo aos saldos devedores decorrentes daquela operação de crédito específica que constitui o fato gerador da competência em análise - neste caso, os contratos de mútuo assinados a partir de 01/01/2008. Dessa forma, segundo entende a Recorrente, é claramente indevida a inclusão, na base de cálculo do IOF, de todos os valores de saldos anteriores a Janeiro/2008, devendo tais bases de cálculos serem excluídas do presente lançamento.

Quanto a essa questão de utilização de saldos anteriores ao período fiscalizado para cálculo do IOF, adota-se neste voto os mesmos fundamentos constantes da declaração de voto elaborada pelo Conselheiro Eloy Eros da Silva Nogueira no acórdão nº 3401002.877 de 29 de janeiro de 2015, da 4ª Câmara/1ª Turma, que analisou situação semelhante envolvendo contrato de mútuo. Abaixo, reproduz-se trecho do voto que trata da matéria:

São os seguintes os dispositivos legais que criam e disciplinam o IOF:

Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 1966)

Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador:

I quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

[...]

IV quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, a emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, na forma da lei aplicável.

Parágrafo único. 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.

Art. 64. A base de cálculo do imposto é:

I quanto às operações de crédito, o montante da obrigação, compreendendo o principal e os juros;

Art. 65. O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária.

Art. 66. Contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei.

Art. 67. A receita líquida do imposto destina-se a formação de reservas monetárias, na forma da lei.

Lei nº 8.894/94:

*Art. 1º O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários será cobrado à alíquota máxima de 1,5% ao dia, **sobre o valor das operações de crédito** e relativos a títulos e valores mobiliários.*

[...]

Art. 2º Considera-se valor da operação:

I- nas operações de crédito, o valor do principal que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

[...]

Art. 3º São contribuintes do imposto:

I os tomadores de crédito, na hipótese prevista no art. 2º, inciso I;

Lei nº 9.779/99:

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

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

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

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

Decreto nº 6.306/2007 (Regulamento do IOF):

Art. 2º. 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).

[...]

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)

§ 1º Entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito:

I- na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado;

II- no momento da liberação de cada uma das parcelas, nas hipóteses de crédito sujeito, contratualmente, a liberação parcelada;

III- na data do adiantamento a depositante, assim considerado o saldo a descoberto em conta de depósito;

IV- na data do registro efetuado em conta devedora por crédito liquidado no exterior;

V- na data em que se verificar excesso de limite, assim entendido o saldo a descoberto ocorrido em operação de empréstimo ou financiamento, inclusive sob a forma de abertura de crédito;

VI- na data da novação, composição, consolidação, confissão de dívida e dos negócios assemelhados, observado o disposto nos §§ 7º e 10 do art. 7º;

VII- na data do lançamento contábil, em relação às operações e às transferências internas que não tenham classificação específica, mas que, pela sua natureza, se enquadrem como operações de crédito.

§ 2º O débito de encargos, exceto na hipótese do § 12 do art. 7º, não configura entrega ou colocação de recursos à disposição do interessado.

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

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

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

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

[...]

Da Base de Cálculo e das Alíquotas Reduzidas

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%;

b) quando ficar definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário, a base de cálculo é o principal entregue ou colocado à sua disposição, ou quando previsto mais de um pagamento, o valor do principal de cada uma das parcelas:

1. mutuário pessoa jurídica: 0,0041% ao dia;

Dos dispositivos de leis, acima reproduzidos, pode-se concluir o seguinte:

O IOF incide sobre operações de crédito;

1. Entre as hipóteses de incidência possíveis para o IOF sobre operações de crédito estão os contratos de mútuo, que consiste em empréstimo de bens fungíveis. Ao celebrar contrato de mútuo o mutuante concede um crédito ao mutuário.

2. 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.

3. Sublinho que, nos termos do artigo 13 da Lei n. 9.799, de 1999, acima transcrito, o IOF incide sobre operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros e que a incidência desse tributo não está condicionada à existência de um contrato formal de mútuo. Nesse sentido, podemos ver que o STJ decidiu, no RESP n.º 1.239.101/RJ, cuja ementa ficou assim redigida:

TRIBUTÁRIO. IOF. TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO CORRESPONDENTES A MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. ART. 13 DA LEI N.º 9.779/99.

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

2. Recurso especial não provido.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2011. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES,

Relator

Mas o que é um contrato de mútuo? Segundo posso ler no Código Civil, ele é empréstimo de bem fungível o qual tem o domínio transferido ao mutuário, que, por sua vez, assume o dever de restituir ao mutuante, no termo aprazado, coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Faço notar que:

(1º) o contrato de mútuo, para seu aperfeiçoamento, depende da tradição da coisa mutuada;

(2º) ele possui dimensão temporal em sua natureza, ou seja, o empréstimo se estende no tempo, e, sendo temporário, ele pode ser por prazo determinado ou indeterminado.

*Essas características são transpostas às operações de crédito a que se refere o artigo 13 da lei n. 9.779, de 1999. E elas me permitem compreender por que a definição legal considera ocorrido o fato gerador na data **da efetiva** entrega do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado. Não basta haver o contrato, ele precisa se aperfeiçoar. E o aperfeiçoamento do mutuo depende da tradição do bem, da transferência do domínio desse bem.*

E, na hipótese de não se conhecer essa data, passa-se a ter como ocorrido o fato gerador na data do lançamento contábil, em relação às operações e às transferências internas que não tenham classificação específica, mas que, pela sua natureza, se enquadrem como operações de crédito.

Ademais, constatamos que a apuração do tributo depende do fator temporal.

Afinal, a relação obrigacional entre mutuário e mutuante prossegue no tempo, para além do seu termo inicial, enquanto não for adimplida. Em termos tributários, s.m.j., parece-me que o fato gerador se protraí no tempo, como um fato continuado, dia após dia, mas cuja base de cálculo do tributo dependerá do valor dessa operação de crédito, entre eles, naquele dia.

Estes aspectos, creio, são fundamentais para também compreendermos como pode ocorrer a decadência no IOF apurado com base em saldo diário da operação de crédito. A meu ver, a decadência não é determinada pela data inicial ou original da operação de crédito.

Para se verificar a ocorrência da decadência é necessário se considerar cada uma das datas que constituem o prosseguimento desse mútuo ao longo do tempo. Assim, seria possível que um mesmo mútuo ou operação de crédito tivesse um período abrangido pela decadência e outro não abrangido pela decadência.

Apenas como hipótese exemplificativa, um mútuo feito há 20 anos, enquadrado na situação prevista na letra 'a' do inciso I do artigo 7º do Decreto 6.306/2007, que o mutuário vem liquidando em suaves prestações, é operação de crédito sobre a qual incide IOF para o período de cinco anos previsto na Lei como não decaído. Não é motivo para afastar essa incidência do IOF o fato do empréstimo ter sido feito para além desse período não decadencial, pois esse mútuo essa operação de crédito se estende no tempo, permanecendo, ele, válido e objeto da incidência tributária em questão. Pensar o contrário, parece-me, seria reduzir substancialmente a efetividade do IOF como instrumento de política econômica, que é a sua principal finalidade (art. 65 do CTN).

1ª conclusão:

No caso tratado nestes autos, entendo que agiu consoante o que prescreve e disciplina a legislação, a autoridade fiscal ter considerado como compondo o fato gerador e a apuração do IOF o saldo do mútuo iniciado em período anterior ao fiscalizado. Mais especificamente, entendo que no primeiro dia do ano fiscalizado, há operação de crédito que é a continuação do mútuo pretérito, e devendo ele ser tributado pelo IOF. Por essas breves razões que entendo que não tem sustentação legal excluir, do fato gerador e da apuração do IOF, os saldos diários das operações de créditos originadas em anos anteriores ao fiscalizado, mesmo que aqueles tenham sido alcançados pela decadência.

2ª conclusão:

Como vimos nos excertos legais reproduzidos acima, o artigo 7º, inciso I, do Decreto n. 6.306, de 2007, prevê duas situações para apuração do IOF:

*(a) a base de cálculo é o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês, quando **não ficar definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário**, inclusive quando há reutilização do crédito até o termo final da operação;*

*(b) a base de cálculo é o principal entregue ou colocado à disposição, ou cada uma das parcelas do principal, **quando ficar definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário**.*

Conclui-se, pelos fundamentos do voto transcrito, que, tratando-se o mútuo de um contrato obrigacional que se protraí no tempo, o fato gerador do IOF absorveria esta característica especial e sua hipótese de incidência seria continuada, enquanto vigente o negócio mutual, e, por isso, entende-se como correta a metodologia adotada no cálculo do IOF que utiliza o saldo transposto de período anterior, referente a mútuos pretéritos, anteriores ao período fiscalizado.

Dessa forma, no caso concreto, depreende-se que a metodologia de apuração do IOF adotada pela Fiscalização, concernente a utilização dos saldos diários das operações de créditos originadas em anos anteriores ao fiscalizado com a incidência de IOF a alíquota de 0,0041%, encontra-se em consonância com a legislação tributária que rege a matéria.

A Recorrente, ainda, nega o cometimento de quaisquer atos comissivos e/ou omissivos que ensejassem a configuração de embargo à fiscalização e/ou agravamento da penalidade de ofício imputada em 112,5%. Assim, solicita a redução da multa ao patamar de 75%.

A multa agravada tem fundamento no art.44, I e § 2º da Lei nº 9430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, *in verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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

(...)

§ 2 Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

(negritos nossos)

Descreve o Termo de Verificação Fiscal que o Contribuinte foi intimado e reintimado a prestar esclarecimentos quanto a não apuração do IOF sobre os mútuos constituídos, sem resposta do Contribuinte, conforme se confere no trecho abaixo reproduzido:

O contribuinte foi cientificado em 19/09/2011 do Termo de Início do Procedimento Fiscal às fls. 166 e 167, conforme AR à fl 168. No referido termo o contribuinte foi intimado, no prazo de 20 (vinte) dias, a prestar esclarecimentos, sobre os motivos da não apuração e pagamento do IOF no ano-calendário 2008, conforme transcrição abaixo:

*4) Analisando a escrituração contábil da empresa do ano-calendário 2008, obtida através do SPED – Sistema Público de Escrituração Digital, com data de recepção em 01/07/2009 e identificação do arquivo (HASH) E86A8B8751662FFD9B26481B1B75B98F07EE48BB, verificam os a existência de contas de mútuo com coligadas, conforme balancete abaixo, **SEM** correspondente pagamento do IOF - Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários, conforme previsto no art. 7º da IN RFB nº 907 de 09/01/2009 e art. 13 da Lei nº 9.779 de 19/01/1999. Do exposto, prestar esclarecimentos, por escrito, sobre os motivos da não apuração e pagamento do IOF no ano-calendário 2008;*

Decorrido o prazo de 20 dias concedido no Temo de Início do Procedimento Fiscal, o contribuinte não apresentou qualquer documento/esclarecimento. Assim, em 14/10/2011 encaminhamos Termo de Reintimação, Intimação e Constatação Fiscal, conforme fls. 169 a 177, ficando o contribuinte reintimado, no prazo de 5 dias, a apresentar os documentos/esclarecimentos solicitados no Termo de Início do Procedimento Fiscal, sob pena de, no caso de lançamento de ofício, ao agravamento em 50 % das multas a que se referem o inciso I e o § 1º do caput do art. 44 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007.

O Termo de Reintimação, Intimação e Constatação Fiscal foi recebido pelo contribuinte em 21/10/2011, conforme AR à fl. 178. No entanto, decorrido o prazo concedido no referido termo, o contribuinte novamente não apresentou qualquer documento/esclarecimento, sujeitando-se ao agravamento em 50% da multa de ofício, a que se referem o inciso I e o § 1º do

caput do art. 44 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007 e art. 50 do Decreto nº 6.306/2007 (Regulamento do IOF).

Com base na escrituração contábil da empresa do ano-calendário 2008, obtida através do SPED – Sistema Público de Escrituração Digital, com data de recepção em 01/07/2009 e identificação do arquivo (HASH) E86A8B8751662FFD9B26481B1B75B98F07EE48BB, conforme Requisição de Cópia de Escrituração Contábil Digital à fl. 165, verificamos a existência de operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas (ou entre pessoa jurídica e pessoa física), sem prazo, realizado por meio de registros ou lançamentos contábeis (1.2.2.01 - Contas Correntes Coligadas e 1.2.2.02 – Conta Corrente Sócios, ambas do Ativo Realizável a Longo Prazo), conforme fl. 164, sem correspondente recolhimento do IOF.

Como mencionado no trecho acima, o objeto das intimações não atendidas pela Recorrente foi a prestação de esclarecimentos a respeito de não apuração do IOF nos mútuos identificados na sua contabilidade, obtida por meio do sistema SPED-Sistema Público de Escrituração Digital. Tais esclarecimentos não foram prestados pela empresa em momento algum ao longo do procedimento fiscal, fato que levou ao agravamento da multa de ofício.

A alegação de que a Recorrente atendeu parcialmente ao solicitado pela apresentação de arquivos contábeis, também não procede, pois, como já demonstrado, a Fiscalização possuía desde o início a contabilidade digital da empresa, obtida por meio do SPED.

Dessa forma, os fatos descritos pela Fiscalização se subsumem perfeitamente aquela hipótese de agravamento pela metade da multa de ofício de 75%, prevista no art.44, § 2º, do inciso I, da Lei nº9.430/96.

Com relação a discussão a respeito da “*inexistência de responsabilidade da mutuante pelo pagamento do tributo após a concretização da operação, a realização do fato gerador e o encerramento do contrato*”, referendo o entendimento do Relator expresso em trecho do seu voto, a seguir reproduzido:

*Alega a Recorrente que sua responsabilidade seria de meramente **reter** e **recolher** o tributo devido pela tomadora de crédito, repassando-o ao Erário.*

Vejamos os arts. 4º e 5º do RIOF:

***Art.4º Contribuintes do IOF são as pessoas físicas ou jurídicas tomadoras de crédito** (Lei nº 8.894, de 1994, art. 3º, inciso I, e Lei nº 9.532, de 1997, art. 58).*

Parágrafo único.No caso de alienação de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo a empresas de factoring, contribuinte é o alienante pessoa física ou jurídica.

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).

Diante da dicção legal, resta absolutamente claro que a Recorrente não é mero agente de retenção, mas sim responsável tributário, amoldando-se à configuração de sujeito passivo da exação, nos termos do art. 121 do Código Tributário Nacional, verbis:

*Art. 121. **Sujeito passivo** da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.*

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Portanto, aquele que detém a obrigação de pagar o tributo é o responsável, por força de lei, não havendo que se equiparar a situação, por exemplo, àquela do Imposto de Renda retido na fonte, em que a fonte pagadora fará mera retenção a título de antecipação do imposto devido na Declaração de Ajuste Anual.

Rejeito, pois, tal argumento do Recorrente.

Por fim, a Recorrente alega o caráter confiscatório das sanções aplicadas.

As argumentações que dizem respeito a constitucionalidade de dispositivo legal, por se constituírem matérias que somente o Poder Judiciário é competente para julgar, consoante a Constituição Federal, arts. 97 e 102, I, "a", III e §§ 1º e 2º, não podem ser analisadas pelas turmas deste colegiado.

Nesse sentido, inclusive, a Súmula CARF nº2 determina que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

As Súmulas CARF são de observância obrigatória pelos membros deste Conselho, conforme disposto no artigo 72 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Processo nº 13116.722092/2011-98
Acórdão n.º **3402-005.389**

S3-C4T2
Fl. 1.092

Pedro Sousa Bispo-Relator