



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

Processo n° 13603.721113/2014-17
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-002.138 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de abril de 2016
Matéria IOF
Recorrente ITAMINAS COMÉRCIO DE MINÉRIOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 31/01/2010, 28/02/2010, 31/03/2010, 30/04/2010, 31/05/2010, 30/06/2010, 31/07/2010, 31/08/2010, 30/09/2010, 31/10/2010, 30/11/2010, 31/12/2010, 31/01/2011, 28/02/2011, 31/03/2011, 30/04/2011, 31/05/2011, 30/06/2011, 31/07/2011, 31/08/2011, 30/09/2011, 31/10/2011, 30/11/2011, 31/12/2011

**VÍCIO NO ATO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE
COMPROVAÇÃO.**

A motivação e finalidade do ato administrativo são supridas quando da elaboração do relatório fiscal que detalham as conclusões do trabalho fiscal e as provas dos fatos constatados. As discordâncias quanto às conclusões do trabalho fiscal são matérias inerentes ao Processo Administrativo Fiscal e a existência de vícios no auto de infração deve apresentar-se comprovada no processo.

MPF. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

O MPF- Mandado de Procedimento Fiscal é instrumento de controle administrativo e de informação ao contribuinte. Eventuais omissões ou incorreções do MPF não são causa de nulidade do auto de infração.

**IOF. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES DE MÚTUO DE
RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS**

As operações de crédito correspondentes a mútuos de recursos financeiros entre pessoas jurídicas sujeitam-se à incidência do imposto segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.

**INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS.
INCOMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 2 DO CARF.**

Este Colegiado é incompetente para apreciar questões que versem sobre constitucionalidade das leis tributárias.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Tatiana Josefovicz Belisário e Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, que davam provimento ao recurso. Fez sustentação oral, pela Fazenda, o Procurador da Fazenda Nacional Pedro Augusto Junger Cestari. Ausente justificadamente, a Conselheira Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo.

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente.

Winderley Moraes Pereira - Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza, Mércia Helena Trajano Damorim, Elias Fernandes Eufrásio, Winderley Moraes Pereira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto e Tatiana Josefovicz Belisario.

Relatório

Por bem descrever os fatos adoto, com as devidas adições, o relatório da primeira instância que passo a transcrever.

"O auto de infração de fls. 433-442, exige da contribuinte já identificada, imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários – IOF, da ordem de R\$ 6.106.909,64, acrescido de multa de ofício à razão de 75% e juros de mora, totalizando, até 05/2014 o crédito de R\$ 12.414.698,99, haja vista a falta de cobrança e recolhimento do imposto sobre operações de repasse de recursos em dinheiro, concedido pessoas ligadas, caracterizadas como operações de mútuo.

2. O enquadramento legal para a exigência é, o artigo 5º, §3º, art. 44, inciso I e §§ 1º e 2º da Lei nº 9.430, de 1996, artigo 7º, inciso I, alínea "a", §§, art. 15, 16, 47, 49 e 50, todos do Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007.

3. A autoridade fiscal descreve a exigência do IOF nos seguintes

termos:

“... a empresa possui uma conta contábil específica para aumento de capital (nº 1.2.01.04), porém a mesma não teve movimentação no período fiscalizado

Constata-se que os mútuos foram concedidos na forma de "principal não definido", incidindo o IOF conforme o art. 7o, inciso I, alínea "a" do Decreto nº 6.306/2007.

O IOF devido nesses casos deverá ser calculado relativamente a cada valor entregue ou colocado à disposição do mutuário durante o mês (ele é apurado e devido mensalmente), tomando-se por base, consoante o disposto no art. 7o, inciso I, alínea "a", do Decreto nº 6.306/2007, o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês. Ou seja, a base de cálculo é o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês.

Destaca-se, ainda, o disposto nos §§ 15 e 16 do art. 7o do Regulamento do IOF, incluídos pelo Decreto nº 6.339, de 2 008, que trata da alíquota adicional de trinta e oito centésimos por cento, e produz efeitos em relação às operações contratadas a partir de 03.01.2008.

Extraímos, a partir da contabilidade do contribuinte, os razões das contas contábeis de créditos com controladas e coligadas (CC 1.2.01.01) e adiantamentos a acionistas (CC 1.2.03.01).

Elaboramos as planilhas DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DA BASE PB CÁLCULO DO IOF - AC 2010 E AC 2011 com o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês e somatório mensal dos acréscimos diários dos saldos devedores (anexos ao processo).

Deve ser esclarecido que não houve qualquer retenção, recolhimento ou declaração de IOF no período fiscalizado.

Diante disto foi lavrado Auto de Infração para constituição do crédito tributário devido referente ao IOF incidente nas Operações de Mútuo, conforme calculado nas planilhas anexas APURAÇÃO DO IOF AC 2010 e AC 2011, que apresenta o demonstrativo consolidado da base de cálculo do IOF e do adicional operações de mútuo - principal não definido de todas as mutuárias nos anos de 2010 e 2011.

4. Cientificado da exigência em 05/06/2014 (fl.460), apresentou em 03/07/2014 impugnação ao feito, onde sustenta em preliminar que o auto de infração deve ser anulado, sem julgamento de mérito pois inexistente motivação fática para o lançamento e porque o mesmo foi efetuado por autoridade fiscal diversa da que estava preventa;

-relativamente à ausência/deficiência de motivação fática, entende que a autoridade fiscal teria feito afirmações genéricas sobre as supostas operações, sem identificar a data do fato gerador, os supostos mutuários e mutuantes e, qual o fato apurado, o que dificultou a elaboração da defesa, configurando afronta aos princípios da ampla defesa e contraditório, impedindo a manutenção da exigência, conforme doutrina e jurisprudência que transcreve;

- prossegue atacando que a exigência teria sido formulada por autoridade diversa daquela que constava do MPF, posto que o MPF teria sido emitido pela DRF Contagem/MG, enquanto que o lançamento foi efetuado pela DRF Sete Lagoas/MG), o que no seu entender, afronta o disposto no §3º do artigo 9º do Decreto nº 70.235, de 1972 e, para dar sustentação ao seu argumento transcreve jurisprudência e pede a anulação do auto;

- no mérito, alega que inexistem operações de mútuo mas simples contratos de conta corrente, pelo qual a ora reclamante administra o caixa do Grupo Econômico e efetua o pagamento das despesas que não são operacionais;

- tece uma aula acerca das duas modalidades de contrato para afirmar que o fisco, a partir de um saldo contábil não poderia definir o tipo de contratação que se opera ou deturpar a realidade para alargar a definição da base de cálculo do IOF, conforme julgado do CARF que transcreve;

- prossegue defendendo que os valores repassados para as controladas foram devidamente utilizados para a capitalização das respectivas empresas, o que comprovaria que não existe operação sujeita à incidência do IOF, assim, pede o cancelamento do auto de infração;

- atacando diretamente o tributo (IOF), afirma que o mesmo possui feição extrafiscal e que a lei ordinária não poderia ampliar a competência constitucional para tributar fatos estranhos ao seu perfil; sustenta que a Lei nº 9.778, de 1999 veio inovar a ordem jurídica e deflagrou nova espécie tributária, com perfil distinto do IOF, tal como previsto na Constituição;

- alega que o IOF estribou-se mais no caráter fiscal do que na tradicional visão extrafiscal-regulatória do imposto; que houve violação ao artigo 154, I da Constituição, razão pela qual o auto de infração deve ser cancelado.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento decidiu pela improcedência da impugnação. A decisão da DRJ foi assim ementada:

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

Data do fato gerador: 31/01/2010, 28/02/2010, 31/03/2010, 30/04/2010, 31/05/2010, 30/06/2010, 31/07/2010, 31/08/2010, 30/09/2010, 31/10/2010, 30/11/2010, 31/12/2010, 31/01/2011, 28/02/2011, 31/03/2011, 30/04/2011, 31/05/2011, 30/06/2011, 31/07/2011, 31/08/2011, 30/09/2011, 31/10/2011, 30/11/2011, 31/12/2011

Ementa: NULIDADE

Não se cogita acerca de nulidade quando não se vislumbram nos autos quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. MPF. IRREGULARIDADE. LANCAMENTO.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2004

Autenticado digitalmente em 12/05/2016 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA, Assinado digitalmente em 14/05/

2016 por CHARLES MAYER DE CASTRO SOUZA, Assinado digitalmente em 12/05/2016 por WINDERLEY MORAIS PEREIRA

Impresso em 16/05/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O MPF é instrumento de controle da ação fiscal, que não faz parte do auto de infração ou do processo administrativo fiscal. Qualquer irregularidade porventura encontrada naquele documento não causa qualquer prejuízo ao sujeito passivo, pelo que não tem o condão de macular o lançamento.

CONSTITUCIONALIDADE. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para análise de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, de apreciação exclusiva do Poder Judiciário, restringindo-se o contencioso administrativo ao controle de legalidade dos atos praticados pelos agentes do fisco.

CITAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA OU DOUTRINA.

No julgamento de primeira instância, a autoridade administrativa observará apenas a legislação de regência, assim como o entendimento da Receita Federal do Brasil (RFB), expresso em atos normativos de observância obrigatória, não estando vinculada às decisões administrativas ou judiciais proferidas em processos dos quais não participe o interessado ou que não possuam eficácia erga omnes, e nem a opiniões doutrinárias sobre determinadas matérias.

MÚTUO ENTRE EMPRESAS LIGADAS. INCIDÊNCIA DO IOF.

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

OPERAÇÃO DE MÚTUO. CONTA-CORRENTE CONTÁBIL. AUSÊNCIA DE PRAZO E DE VALOR PREVIAMENTE FIXADOS. BASE DE CÁLCULO. SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO.

Os mútuos de recursos financeiros realizados entre pessoas jurídicas, seja o mutuante instituição financeira ou não, sujeitam-se à incidência de IOF, ainda que os mútuos tenham sido operacionalizados por meio de contas-correntes registrados em conta do ativo realizável, sem formalização de contrato e sem prazo fixado para o pagamento. A base de cálculo do imposto é a somatória dos saldos devedores diários apurada no último dia de cada mês, quando não houver fixação prévia do valor do principal a ser utilizado pelo mutuário. O responsável pela retenção e recolhimento do imposto é a pessoa jurídica que concedeu o crédito.

*Impugnação Improcedente
Crédito Tributário Mantido"*

Cientificada da decisão, a autuada interpôs recurso voluntário, repisando as alegações já apresentadas na impugnação. Alegando a nulidade do auto de infração por ausência/deficiência de motivação fática do lançamento, sob o arrimo que a Fiscalização fez afirmações genéricas sobre supostas operações financeiras sem sequer identificar a data do fato gerador, os supostos mutuários e mutuantes e qual seria o fato gerador apurado.

Alega ainda em sede preliminar, a nulidade do lançamento, em razão do Auto de Infração ter sido lavrado por autoridade fiscal diversa da que estava preventa, pois a fiscalização foi iniciada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Contagem/MG, entretanto o auto de infração foi lavrado pela Seção de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Sete Lagoas/MG.

Quanto ao mérito, alega a inexistência de contrato de mútuo. O Fisco incorreu em equívoco na interpretação dos fatos jurídicos, uma vez que nunca houve nenhuma contratação de mútuo entre a Recorrente e suas controladas, mas sim, apenas "contrato de conta corrente" pelo qual a Recorrente administra o caixa do Grupo econômico e efetua os pagamentos das despesas das empresas que não são operacionais.

Alega a Recorrente que *"no contrato de mútuo, o credor dá em empréstimo coisa fungível ao devedor que se obriga a restituir "coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade". O tomador tem a prerrogativa de realizar as operações que melhor lhe aprouver com os valores emprestados. Já no contrato de conta corrente não há um empréstimo, propriamente dito, uma vez que as partes estabelecem uma relação na qual cada uma delas pode estar simultaneamente na posição de credor e devedor o que lhe dá a característica de contrato bilateral com direitos e obrigações recíprocas."*

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Winderley Moraes Pereira, Relator.

O recurso é voluntário e tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo, por isto, ser conhecido.

Em sede preliminar alega-se a nulidade do auto de infração, que segundo a Recorrente não conteria as informações necessárias para a sua formalização, sem identificar a data do fato gerador, os supostos mutuários e mutuantes e qual seria o fato gerador apurado.

As informações exigidas para a formalização do Auto de Infração constam do art. 10 do Decreto nº 70.235/72.

"Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

O Auto de Infração (fls. 434 a 442) e seus anexos (fls. 268 a 432) trazem todas as informações necessárias a constituição do Auto de Infração, sendo identificados o fato gerador, a base legal para exigência fiscal e o valor apurado da base de cálculo e do tributo devido, bem como o demonstrativo da multa e dos juros.

Portanto, não há que se falar em falta de motivação ou ausência de informações no Auto de Infração. A Recorrente teve ciência da exigência fiscal e apresentou a competente impugnação, comprovando o seu conhecimento da exigência fiscal. As posições adotadas pela turma da DRJ foram identificadas pela Recorrente, que apresentou os argumentos que julgou pertinentes para ver rediscutida a decisão. A partir de todo este histórico de discussão administrativa, não se pode falar em cerceamento de direito de defesa, todo o procedimento previsto no Decreto 70.235/72 foi observado, tanto quanto ao lançamento tributário, bem como, o devido processo administrativo Fiscal.

Ainda em sede preliminar, consta do recurso a alegação que a autoridade autuante não teria a capacidade necessária para lavrar o auto de infração, em razão de constar na MPF unidade de fiscalização diversa daquela onde foi lavrado o auto de infração, não vislumbro assistir razão ao Recurso. A competência para a lavratura fiscal é do Auditor-Fiscal da Receita Federal e no caso em tela, o auto foi lavrado por auditor competente, a matéria já foi objeto da Súmula nº 27 do CARF.

"Súmula CARF nº 27: É válido o lançamento formalizado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo."

Ademais, o fato de existir incorreções ou inconsistência no MPF em nada interfere na legalidade do Auto de Infração. O Mandato de Procedimento Fiscal foi instituído pela Receita Federal como um instrumento administrativo e não possui o condão de servir de limitador do trabalho fiscal. O conhecimento das atividades envolvidas na fiscalização é feito por meio de Intimações e outros documentos com a ciência do fiscalizado.

No mesmo entendimento ora exposto, caminha o voto do e. conselheiro Walber José da Silva, emitido no Acórdão nº 3302.00.60 da Terceira Seção do CARF, que peço vênias para incluir e fazer parte das minhas razões de decidir.

"O MPF foi disciplinado pela Portaria SRF 1.265/1999, com as alterações incluídas pelas Portarias SRF nº 1.614/2000, nº 407/2001, nº 1.020/2001, compilada na Portaria nº 3.007/2001 e, atualmente, na Portaria SRF nº 6.087/2005."

O referido mandado consiste em uma ordem administrativa, emanada de dirigentes das unidades da Receita Federal do Brasil para que seus auditores executem as atividades fiscais,

tendentes a verificar o cumprimento das obrigações tributárias por parte do sujeito passivo.

Sendo, portanto, o MPF um instrumento interno de planejamento e gerência das atividades de fiscalização, praticado por autoridade competente (Coordenador, Superintendente, Delegado ou Inspetor, conforme o caso) e dirigido ao Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil. Eventuais irregularidades verificadas no seu trâmite, ou mesmo na sua emissão ou prorrogação, não têm o condão de invalidar o auto de infração decorrente do procedimento fiscal relacionado, conforme determinação expressa do art. 16 da Portaria SRF 6.087/2005, abaixo reproduzido:

Art. 15. O MPF se extingue:

I - pela conclusão do procedimento fiscal, registrado em termo próprio;

II - pelo decurso dos prazos a que se referem os arts. 12 e 13.

Art. 16. A hipótese de que trata o inciso lido artigo anterior não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão do Mandado extinto determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

Parágrafo único. Na emissão do novo MPF de que trata este artigo, não poderá ser indicado o mesmo AFRF responsável pela execução do Mandado extinto.

Cabe ressaltar, no que toca à ciência do MPF, que a necessidade de cientificar o contribuinte da existência do instrumento prende-se tão somente a questões relacionadas à segurança do sujeito passivo contra pseudo-ações fiscais que poderiam ocorrer. Assim, o contribuinte pode, por precaução, praticar as medidas que julgar pertinentes para sua segurança durante o procedimento de fiscalização, enquanto não lhe for apresentado o MPF correspondente.

Contudo, tratando-se os eventuais vícios relativos ao uso do MPF de meras irregularidades formais, sabe-se que estas, quando supríveis, não podem elidir a atividade regradada e obrigatória do lançamento de ofício.

Nesse sentido, é importante reproduzir a Lei nº 9.784/1999, art. 55, que assim preconiza:

"Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração". Por sua vez, o Decreto d- 70.235/1972, art. 60, é redigido nos seguintes termos:

"Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio".

É imprescindível destacar que o regramento acerca do Mandado de Procedimento Fiscal não se sobrepõe à atividade vinculada e obrigatória a que.. estão submetidos os agentes tributários. A obrigatoriedade do lançamento tributário, sob pena de responsabilidade funcional, constatada irregularidade cometida pelo sujeito passivo da obrigação tributária, deflui do Código Tributário Nacional, arts. 3º e 142, §único, conforme transcrição a seguir.

"Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

"Art.142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, (...)Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional".

Ainda no que diz respeito ao MPF, ressalte-se que tem se sedimentado nos extintos Conselhos de Contribuintes, entendimento no mesmo sentido, isto é, sendo o MPF instrumento de mero controle administrativo, eventuais irregularidades em sua emissão ou utilização não têm o condão de macular o auto de infração. Citam-se as seguintes ementas extraídas do repertório daquele tribunal:

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF atividade de seleção do contribuinte a ser fiscalizado, bem assim a definição do escopo da ação fiscal, inclusive dos prazos para a execução do procedimento, são atividades que integram o rol dos atos discricionários, moldados pelas diretrizes de política administrativa de competência da administração tributária.

Neste sentido, o MPF tem tripla função: a) materializa a decisão da administração, trazendo implícita a fundamentação requerida para a execução do trabalho de auditoria fiscal, b) atende ao princípio constitucional da cientificação e define o escopo da fiscalização e c) reverencia o princípio da pessoalidade.

Questões ligadas ao descumprimento do escopo do MPF, inclusive do prazo e das prorrogações, devem ser resolvidas no âmbito do processo administrativo disciplinar e não têm o condão de tornar nulo o lançamento tributário que atendeu aos ditames do art. 142 do CTN. (Ac. 1º CC nº107-06820, sessão de 16/10/2002, Relator Luiz Martins Valero)

NULIDADE - INOCORRÊNCL4 - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infra-legal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal. (Ac. 1º CC nº 108-07079, Sessão de 22/08/2002, Relator Luiz Alberto Cava Maceira)

MPF - O Mandado de Procedimento Fiscal, é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais, não implicando nulidade dos procedimentos fiscais as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento. (Ac. nº 105-14070, Sessão de 19/03/2003, Relator Nilton Pess)

PRELIMINAR - NULIDADE - MPF - É de ser rejeitada a nulidade do lançamento, por constituir o Mandado de Procedimento Fiscal elemento de controle da administração tributária, não influenciando na legitimidade do lançamento tributário (Ac. nº106-12941, Sessão de 16/10/2002, Relator Luiz Antonio de Paula).

NORMAS PROCESSUAIS - VÍCIO A ENSEJAR A DECRETAÇÃO DA NULIDADE DO LANÇAMENTO - O vencimento do prazo do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) não se constitui hipótese legal de nulidade do lançamento. Recurso de ofício provido, determinando que, ultrapassada a preliminar de nulidade do lançamento, deve a autoridade julgadora a quo continuar o julgamento do mesmo quanto ao seu mérito (Ac. nº 201-76449, Sessão 19/09/2002, Relator Gilberto Cassui)''

Quanto ao mérito, alega-se que as operações identificadas pela Fiscalização correspondem a "contrato de conta corrente" pelo qual é administrado o caixa do Grupo econômico, não se tratando de operações de mútuo. Entendo não assistir razão a Recorrente.

Não assiste razão ao recurso, o chamado "contrato de conta corrente" é uma clara operação de financiamento em que a empresa controladora disponibiliza as empresas controladas numerários para sua livre utilização. A verificação pura e simples da operação demonstra que tratam-se de empréstimos realizados pela empresa controladora às empresas controladas, configurando um contrato de mútuo e por consequência a incidência do IOF sobre a operação.

A legislação é clara ao incluir entre os empréstimos sujeitos a incidência do IOF, os contratos de mutuo realizados entre pessoas jurídicas, nos termos previstos no art. 13 da 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."

Quanto à base de cálculo do IOF para os contratos de mutuo, o art. 3º, Inciso I, do Decreto 6.306/2007, determina que deverá ser utilizado o montante entregue ou colocado a disposição do beneficiário.

"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;"

Especificamente tratando da base de cálculo, o mesmo decreto define e na ausência ou impossibilidade de determinação do montante efetivamente a ser utilizado pelo mutuário deverá ser utilizado o somatório dos saldos devedores diários apurados no último dia de cada mês, nos termos do art. 7º, inciso I, alínea 'a' do Decreto 6.306/2007.

"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:

Assim, agiu acertadamente a autoridade atuante ao exigir o IOF e definir a base de cálculo, a partir do somatórios dos saldos devedores diários.

Diante do exposto, voto no sentido de afastar as questões preliminares e negar provimento ao recurso voluntário.

Winderley Morais Pereira

CÓPIA