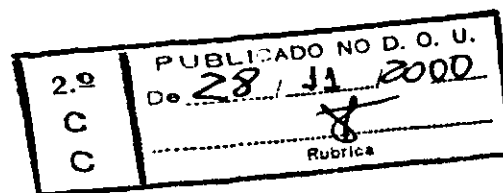




MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES



Processo : 13805.006928/94-29
Acórdão : 202-12.388

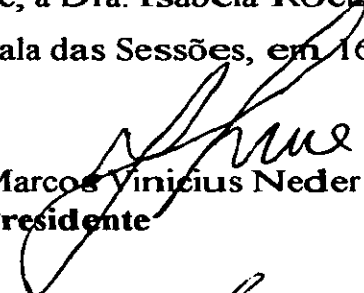
Sessão : 16 de agosto de 2000
Recurso : 111.162
Recorrente : BANCO SOGERAL S/A
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

IOF - OURO - Operações financeiras iniciadas e encerradas no mesmo dia (Day-Trade), tendo como objeto ouro financeiro, configuram-se "operações de renda variável", não sujeitas ao IOF. O ouro, definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se, exclusivamente, ao IOF, devido na operação de origem, de acordo com o disposto no artigo 153, § 5º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: BANCO SOGERAL S/A.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.** Fez sustentação oral, pela recorrente, a Dra. Isabela Rocha de Hollanda.

Sala das Sessões, em 16 de agosto de 2000


Marcos Vinicius Neder de Lima
Presidente


Maria Teresa Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Ricardo Leite Rodrigues, Oswaldo Tancredo de Oliveira, Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Adolfo Montelo, Luiz Roberto Domingo e Helvio Escovedo Barcellos.

cl/mas/cf



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 13805.006928/94-29
Acórdão : 202-12.388

Recurso : 111.162
Recorrente : BANCO SOGERAL S/A

RELATÓRIO

Por bem expor a matéria, reproduzo o relatório efetuado pela autoridade singular, às fls. 155/158:

"A empresa acima qualificada, foi submetida à fiscalização do IOF consoante FM 01134-0, tendo sido exigido o crédito tributário no montante de 1.362.436,84 UFIR com base no Decreto nº 99.374 de 09/07/1990, atualizado pelo Decreto nº 329 de 01/11/91 e na Circular do Banco Central nº 1.915 de 19.03.1991.

Consoante Termo de Verificação de fls. 24 a 26, versa a matéria em litígio sobre a falta de retenção e recolhimento do IOF incidente sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários tendo como fato gerador operações financeiras iniciadas e encerradas no mesmo dia ("Day-Trade"), tendo por objeto Ouro Financeiro. Tais operações, por serem equiparadas a renda fixa, sofrem tributação do Imposto sobre Operações Financeiras.

Tendo tomado ciência do Auto de Infração acima referido em 20/10/94, insurge-se o recorrente contra o crédito tributário exigido, apresentando em 18/11/94 a impugnação de fls. 46 a 153, através da qual oferece as seguintes razões de defesa:

- 1) Que no item 2 da autuação fiscal as operações consistentes na alienação de ouro na Bolsa e fora dela tenham sido equiparadas à renda fixa, em flagrante desrespeito ao artigo 29, parágrafos 3º e 4º, da Lei nº 8.541/92;
- 2) Que no item 1 do termo de verificação fiscal, o Sr. Fiscal aponta que a requerente realizou operações de "day-trade" nos meses de janeiro a março de 1993, "sujeitando-se ao disposto no art. 28 da Lei 8.383/91 e no art. 710 do RIR/94". Em seguida, glosa os prejuízos compensados no Lucro Real, por considerar essa dedução



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13805.006928/94-29
Acórdão : 202-12.388

indevida, reconhecendo que essa tributação sofre a tributação de "Renda Variável", uma vez que nas hipóteses de renda fixa os ganhos e prejuízos compõem o Lucro Real, consoante dispõe o art. 37, parágrafo 1º da Lei nº 8.541/92;

3) Argumenta, ainda, que a Fiscalização pretende que a operação em exame tenha natureza jurídica dupla, ou seja, de "Renda Variável" para efeito do IR e de "Renda Fixa" para o IOF;

4) A Circular do Banco Central do Brasil nº 1915/91, invocada como fundamento para a autuação, não tem qualquer valor jurídico, uma vez que disciplina matéria tributária ao amparo de delegação revogada expressamente pela Constituição Federal de 1988, no art. 25 do Ato das Disposições Transitórias;

5) Prossegue argumentando, mesmo que fosse válida a Circular 1915 do BACEN para efeito tributário, ressalte-se que ela esclareceu acerca da incidência do IOF nas "OPERAÇÕES DE CESSÃO DE CRÉDITO E DE COMPRA E VENDA DE ATIVOS, QUE CONFIGUREM APLICAÇÕES FINANCEIRAS DE RENDA FIXA", entretanto, a operação objeto de autuação não configura aplicação de renda fixa, como reconhece, aliás, a própria autoridade fiscal no item 1 da autuação;

6) Conclui, assim, que a Fiscalização ao glosar os prejuízos, classificou a operação como renda variável, o que por si só afasta a incidência do IOF;

7) E, mesmo nos casos de renda fixa, em que a operação envolve ouro classificado como ativo financeiro ou instrumento cambial, o IOF não é devido, por força do art. 153, parágrafo 5º da Constituição Federal;

8) Argumenta que a doutrina não deixa dúvidas de que o IOF sobre o ouro, ativo financeiro, tem incidência única, nos termos da Constituição Federal;

9) esclarece que no presente caso não se trata de operação de origem, pois o IOF incide apenas na primeira aquisição, por instituição financeira, após seu beneficiamento;



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 13805.006928/94-29
 Acórdão : 202-12.388

10) A autuada, ao adquirir o ouro na BM&F não praticou ato que gerasse a incidência do IOF, inclusive que está "nas demais negociações com ouro", o que é diverso da "primeira aquisição" ou "operação de origem" (anexa documentos de fls. 122 a 148);".

Através da Decisão DRJ/SP nº 013552/97.32.136/97, a autoridade de primeira instância manifestou-se pelo indeferimento da impugnação e pela retificação da multa de ofício, de cuja ementa possui a seguinte redação.

"EMENTA: A incidência do IOF alcança operações de compra e venda de quaisquer ativos, as quais configurem aplicações financeiras de renda fixa – F.G.: 1993 (Circular Bacen 1.915/91).

Os elementos constitutivos do crédito tributário encontram-se devidamente embasados no Decreto nº 99.374/90, atualizado pelo Decreto 329/91.

Descabe apreciação de matéria de ordem constitucional na esfera administrativa por extrapolar os limites de sua competência.

A multa de ofício a que se refere o art. 44 da Lei nº 9.430/96 aplica-se retroativamente aos atos e fatos pretéritos não definitivamente julgados, independentemente da data de ocorrência do fato gerador (item I do ADN-COSIT nº 01/97).

IMPUGNAÇÃO INDEFERIDA LANÇAMENTO DA MULTA RETIFICADO DE OFÍCIO."

Inconformado, o recorrente apresenta recurso, alegando, em síntese, que a autoridade singular indeferiu a impugnação, baseada, resumidamente, nas seguintes premissas:

- A Circular BACEN nº 1.915/91 equipara as operações que tenham por objeto o ouro financeiro a operações de renda fixa, que são tributáveis pelo IOF;
- Compete ao Banco Central e à Receita Federal, e não ao Poder Legislativo, expedir atos normativos a fim de identificar operações que possuam conteúdo econômico de aplicações de renda fixa; e
- A esfera administrativa não é competente para julgar questões de inconstitucionalidade de dispositivos legais.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 13805.006928/94-29

Acórdão : 202-12.388

Reitera que as operações efetuadas em pregão de BMF, cujo objeto foi o ouro financeiro, não configuraram operações de renda fixa, mas sim renda variável, e portanto não estão enquadradas na Circular BACEN 1.915/91.

Diz que as operações "Day-Trade", tendo por objeto o ouro financeiro, não possuem rendimento fixado ou prefixado, tendo como característica a sua volatilidade.

Esclarece que a legislação é clara no sentido de considerar as referidas operações como aplicações de renda variável, citando e comentando os §§ 3º e 4º do artigo 29 da Lei nº 8.541/92.

Reitera argumentos apresentados em sua impugnação de que a Circular BACEN nº 1.915/91, mesmo se aplicável ao caso presente, não possui o condão de vincular os administrados, nem o de dilatar o campo de incidência de tributo.

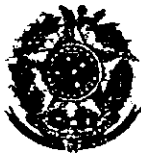
Que, mesmo que se tratassem as referidas operações como aplicações de renda fixa, a presente exigência não seria devida em razão do disposto no artigo 153, § 5º da Constituição Federal, que prevê, exclusivamente, a incidência do IOF, quando da primeira aquisição do metal.

Aduz que em momento algum de sua impugnação questionou a constitucionalidade de dispositivo legal qualquer, apenas socorreu-se da Constituição Federal para dar o embasamento legal à sua argumentação.

Diz que o insigne julgador monocrático ao se deparar com o termo "Constituição Federal", escrito na impugnação, (*sic*) "*deve ter presumido tratar-se de questionamento acerca da constitucionalidade de norma legal, preferindo, desta forma, abster-se de analisar a alegação, obviando-se de que, acima de tudo, a Constituição Federal é uma norma legal*".

Alega que tal atitude, equivocada, tem como indissociável efeito a declaração de nulidade do julgamento de primeira instância por deixar de apreciar argumento expendido na impugnação, caracterizado, desta forma, o cerceamento ao direito de defesa. Cita, para tanto, legislação e jurisprudência deste Conselho, favorável ao seu entendimento.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13805.006928/94-29

Acórdão : 202-12.388

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

O recurso foi interposto no prazo legal. Por isso dele conheço.

Conforme relatado, tratam os autos de suposta falta de retenção e recolhimento do IOF incidente sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários, sobre operações financeiras iniciadas e encerradas no mesmo dia (*Day-Trade*), tendo por objeto Ouro Financeiro. Entendeu a fiscalização que tais operações estariam, com fundamento na Circular BACEN nº 1.915, de 19 de março de 1991, equiparadas a operações de renda fixa, e portanto, sujeitas à tributação do Imposto sobre Operações Financeiras.

Por outro lado, defende a recorrente, em apertada síntese, duas questões. A primeira, quanto à natureza das operações praticadas, não se tratar de operação de renda fixa, e, a segunda, mesmo que assim o fosse, haveria que se observar o disposto no artigo 153, § 5º da Constituição Federal.

Pela análise da Circular BACEN nº 1.915, de 19 de março de 1991, discriminada pela autoridade singular, não há realmente como admitir que a mencionada circular tenha identificado as operações de *Day Trade* como sendo operações de renda fixa, conforme se depreende pela transcrição a seguir:

"Esclarecer que as operações de cessão de crédito definidas na Resolução nº 1.762, de 31.10.90, bem assim a realização, pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar por este órgão, de operações de compra e venda de quaisquer ativos, as quais configurem aplicações financeiras de renda fixa, sujeitam-se ao imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários - IOF, ..." (grifos nossos)

Verifica-se que o mencionado ato simplesmente esclarece que, entre outras, as operações de compra e venda de quaisquer ativos, **as quais configurem aplicações financeiras de renda fixa**, sujeitam-se ao IOF. Não é o caso dos autos, uma vez que as operações em comento têm por objeto o ouro financeiro, e, portanto, não há como enquadrá-las em operações de renda fixa, mas sim em operações de renda variável, não sendo abrangidas, por conseguinte, pelo disposto na discriminada Circular pela autoridade singular.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 13805.006928/94-29

Acórdão : 202-12.388

Por outro lado, para que se caracterize uma aplicação financeira de renda fixa, ou que deva receber o tratamento tributário dispensado àquelas, é necessário que a aplicação de recursos assegure ao investidor, após decorrido um prazo, um rendimento determinado (prefixado) ou determinável (fixado). Não é o caso de operações envolvendo o ouro financeiro, vez que **não possuem rendimento fixado ou prefixado**, tendo, como característica conceitual, estrutural, as oscilações da sua cotação no mercado financeiro, o qual é conhecido pela sua volatilidade, pela sua não obediência a parâmetros fixados ou prefixados, como os que caracterizam as operações de renda fixa, podendo o investidor, inclusive, auferir perdas em tais operações, dado o seu grau de risco.

Muito embora, já pelas conclusões à primeira questão, desnecessário seria entrar no mérito da segunda questão trazida pelo recorrente, por amor ao debate passo igualmente a sua análise.

O § 5º do artigo 153 da Constituição determina que *"o ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do caput deste artigo (imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguros) devido na operação de origem..."*

O Texto Constitucional de 1988 trouxe importante inovação no que pertine à tributação das operações realizadas com ouro. Em síntese, a Constituição Federal estabeleceu o seguinte: a um que, quando o ouro for destinado ao comércio, como metal precioso, poderá incidir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e intermunicipal (ICMS, artigo 155, inciso II, § 2º, inciso X, alínea c¹); a dois, quando o ouro servir como instrumento cambial ou ativo financeiro poderá incidir o imposto sobre operações relativas a título ou valores mobiliários, respectivamente (IO/Câmbio e IO/Títulos - artigo 153, § 5º, acima reproduzido).

Nesse sentido, estabelece a Lei nº 7.766, de 11 de maio de 1989 (Dispõe sobre o ouro, ativo financeiro e sobre o seu tratamento tributário) que:

"Art. 1º O ouro em qualquer estado de pureza, em bruto ou refinado, quando destinado ao mercado financeiro ou à execução da política cambial do País, em operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do

¹ Art. 155 (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; § 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: X - não incidirá: c) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º,"



Processo : 13805.006928/94-29

Acórdão : 202-12.388

Sistema Financeiro Nacional, na forma e condições autorizadas pelo Banco Central do Brasil, será desde a extração, inclusive, considerado ativo financeiro ou instrumento cambial.

§ 1º Enquadra-se na definição deste artigo: (...)

§ 2º As negociações com o ouro, ativo financeiro, de que trata este artigo, efetuada nos pregões das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros ou assemelhadas, ou no mercado de balcão com a interveniência de instituição financeira autorizada, serão consideradas operações financeiras. (...)

Art. 4º O ouro destinado ao mercado financeiro sujeita-se, desde sua extração inclusive, exclusivamente à incidência do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. A alíquota desse imposto será de 1% (um por cento), assegurada a transferência do montante arrecadado, nos termos do art. 153, § 5º, incisos I e II, da Constituição Federal. (...)

Art. 8º O fato gerador do imposto é a primeira aquisição do ouro, ativo financeiro, efetuada por instituição autorizada, integrante do Sistema Financeiro Nacional. (...)

Art. 9º A base de cálculo do imposto é o preço de aquisição do ouro, desde que dentro dos limites de variação da cotação vigente no mercado doméstico, no dia da operação. (...)

Art. 10. Contribuinte do imposto é a instituição autorizada que efetuar a primeira aquisição do ouro, ativo financeiro.

Esclarece o doutrinador Roberto Quiroga Mosquera², que “o critério de diferenciação adotado pelo legislador constituinte para atribuir competência às pessoas políticas, com o intuito de tributar as operações com o ouro-mercadoria e o ouro-instrumento cambial/ativo financeiro foi o da “destinação”. Exemplificando: quando o ouro for destinado à prática de mercancia, os Estados e o Distrito Federal terão competência para instituir o ICMS sobre as referidas operações; quando o ouro for destinado a servir de instrumento cambial (moeda de troca) ou ativo financeiro (negociações de contratos de ouro em bolsas de mercadorias e de

² Em Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais – 2ª edição, revista e atualizada - Dialética



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 13805.006928/94-29

Acórdão : 202-12.388

futuros) a competência tributária é da União Federal, que poderá fazer incidir sobre as respectivas operações os impostos sobre operações de câmbio ou relativas a títulos ou valores mobiliários."

Claro está, portanto, que o IO/Câmbio e o IO/Títulos, previstos no § 5º do artigo 153 da Constituição Federal, são os únicos tributos que podem onerar as operações com ouro-ativo financeiro ou instrumento cambial e somente poderão fazê-lo na "operação de origem".

Não foi outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal que houve por bem entender inconstitucional a cobrança do ouro-ativo financeiro em etapa posterior à operação de origem, como pretendeu a Lei nº 8.033/90³ (Plano Collor). Assim está redigida a ementa do RE nº 190363-RS⁴:

"Constitucional. Tributário. IOF. OURO: Transmissão de Ouro Ativo Financeiro. C.F. art. 153, § 5º, Lei 8.033, de 12.04.90, art. 1º, II.

I - O ouro, definido com ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se, exclusivamente, ao IOF, devido na operação de origem: C.F., art. 153, § 5º. Inconstitucionalidade do inciso II do art. 1º da Lei 8.033/90" (DJ de 12 de junho de 1998, p.66)."

Ensina Alberto Xavier, também citado pelo recorrente, que à semelhança dos impostos únicos da Constituição de 1967, entre os quais o imposto único sobre minerais (IUM), o IOF sobre o ouro ativo financeiro está submetido ao princípio da unicidade, na dupla acepção que este comporta: o princípio do exclusivismo, que se traduz na exclusão da incidência de outros tributos, e que decorre claramente do uso de expressão *"sujeita-se exclusivamente"*; e o princípio

³ Recorda-se que, no passado, o artigo 1º, inciso II da Medida Provisória nº 160 e da Lei nº 8.033/90, ao arvorar como fato gerador da nova incidência a transmissão ou venda de ouro definido pela legislação financeira, indevidamente chegou a abranger a própria operação de origem, ainda não tributada, ou seja, a primeira aquisição de ouro por instituição financeira junto do produtor, empresa de mineração, o que é absolutamente contrário ao espírito do diploma que pretendeu desincentivar a alienação de aplicações financeiras e não a primeira operação de entrada do ouro no mercado financeiro, promovida pelo produtor.

⁴ Oportuno lembrar que em decorrência da decisão do STF supra-referida, a administração tributária baixou as Instruções Normativas nºs 59/98 e 129/98 determinando que fica vedada a constituição de crédito tributário, relativamente ao IO/Títulos incidente na transmissão ou resgate de ouro-ativo financeiro ou de título representativo de ouro-ativo financeiro, a que se refere o artigo 1º, incisos II e III, da Lei nº 8.033/90. Determinou, ainda, que os Delegados e Inspetores da Receita Federal deverão rever de ofício os lançamentos, referentes à cobrança do IO/Títulos sobre operações com ouro-ativo financeiro, para fins de alterar, total ou parcialmente, o respectivo crédito tributário.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13805.006928/94-29
Acórdão : 202-12.388

da unicidade em sentido estrito ou princípio monofásico, segundo o qual, mesmo no campo do IOF o imposto só pode incidir uma vez, numa das fases do ciclo produtivo, vedada uma imposição fracionada. Todavia, a exemplo do que sucedia no extinto IUM, em que a Constituição impunha o princípio monofásico, e não dava ao legislador ordinário a faculdade de escolher qual das fases do processo produtivo deveria ficar sujeita ao imposto, no IOF sobre o ouro ativo financeiro tal liberdade também não foi outorgada, vez que a própria Constituição determinou qual das fases deveria sofrer a tributação única. E essa foi escolhida como a operação de origem, que a Lei nº 7.766/89 (acima parcialmente transcrita) definiu como a primeira aquisição do ouro por instituição financeira.

Donde se conclui que sobre o "ouro financeiro" não só não pode incidir outro tributo, além do IOF, mas também que, no campo deste imposto, nenhuma outra tributação poderá incidir além daquela devida na operação de origem, ou seja, na primeira aquisição efetuada por instituição financeira, pelo que a exigência de nova imposição sobre posteriores transmissões de ouro é inconstitucional.

Portanto, considerando que, a um, as operações em comento têm por objeto o ouro financeiro, e portanto não há como enquadrá-las em operações de renda fixa, mas sim em operações de renda variável não sujeitas ao IOF; e a dois, estarem as mencionadas operações com ouro dentro do disposto no § 5º, do artigo 153 da Constituição Federal, dou provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 16 de agosto de 2000


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ