



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

Processo nº 14041.000135/2009-40
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-006.084 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de abril de 2019
Matéria IOF - OPERAÇÕES DE CRÉDITO
Recorrente TAGUATINGA AUTOMOVEIS E SERVIÇOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

OPERAÇÃO DE CRÉDITO ENTRE EMPRESAS LIGADAS. CONTA CORRENTE CONTÁBIL. INCIDÊNCIA DE IOF. CONTRATO DE MÚTUO.

Os aportes de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ligadas, sem prazo e valor determinado, realizado por meio de lançamentos em conta contábil que representa empréstimos para capital de giro, caracterizam as operações de crédito correspondentes a mútuo financeiro previsto no art. 13 da Lei nº 9.779/1999, independente da formalização de contrato, cuja base de cálculo do IOF é o somatório dos saldos devedores diários apurados no último dia de cada mês quando não houver valor prefixado.

VENDA A COLIGADA/CONTROLADORA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. PAGAMENTO FUTURO. OPERAÇÃO DE CRÉDITO.

A operação de alienação de participações societárias para controladora não representa uma operação de colocação de recursos financeiros à disposição do adquirente, devendo tais valores serem excluídos da base de cálculo do IOF.

CONFISCO. PROPORCIONALIDADE DA MULTA.

Análise da dosimetria da pena de multa em cotejo com seu possível efeito confiscatório e desproporcionalidade em relação à gravidade da infração demandaria o afastamento da regra por inconstitucionalidade, caso constatado estes elementos, situação que não pode ser enfrentada em sede de processo administrativo por expressa vedação legal (Decreto nº 70.235/1972), bem como enunciado da Súmula nº 02 do CARF.:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar a proposta de conversão do julgamento em diligência suscitada pelo conselheiro Marcelo Costa Marques d'Oliveira, vencidos também os conselheiros Marco Antônio Marinho Nunes e Semírames de Oliveira Duro, que votaram pela conversão em diligência. Acordam, ainda, por voto de qualidade, em dar parcial provimento ao recurso voluntário apenas para excluir da base de cálculo os lançamentos referentes à coligada "Distribuidora Sulamericana Ltda., nos valores de R\$ 304.677,54 e R\$ 24.618,93, realizados em 31/12/2005. Vencidos os Conselheiros Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Ari Vendramini, Marco Antônio Marinho Nunes e Semírames de Oliveira Duro, que deram provimento integral ao recurso voluntário. Originalmente foram propostas 3 (três) soluções distintas para o litígio, sem formação de maioria: (i) os conselheiros Salvador Cândido Brandão Júnior, Liziane Angelotti Meira e Valcir Gassen, votaram por dar parcial provimento ao recurso voluntário; (ii) os conselheiros Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Ari Vendramini, Marco Antônio Marinho Nunes e Semírames de Oliveira Duro votaram por dar integral provimento ao recurso; e (iii) o Conselheiro Winderley Moraes Pereira votou por negar provimento integral ao recurso. Nos termos do art. 60 do anexo II do RICARF, realizou-se nova votação, excluindo a solução por negar provimento integral ao recurso voluntário para chegar ao resultado final deste julgamento.

WINDERLEY MORAIS PEREIRA - Presidente.

(assinado digitalmente)

SALVADOR CÂNDIDO BRANDÃO JUNIOR - Relator.

(assinado digitalmente)

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira (presidente da turma), Valcir Gassen (vice-presidente), Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Semíramis de Oliveira Duro, Marco Antonio Marinho Nunes, Ari Vendramini, Salvador Cândido Brandão Junior

Relatório

Trata-se de auto de infração (fls. 05-13) lavrado em 03/02/2009 para constituir crédito tributário de IOF sobre operações financeiras na modalidade mútuo de recursos financeiros na monta de R\$ 458.539,20 (quatrocentos e cinquenta e oito mil, quinhentos e trinta e nove reais e vinte centavos) para o período de apuração entre 01/01/2005 a 31/12/2005, fundado em duas acusações fiscais: 1-) Falta de recolhimento do IOF sobre os valores transitados na conta "01220000.00010 - BRASAL ADM E PARTICIP. LTDA"; 2-) Falta de recolhimento do IOF sobre os valores transitados na conta "01210000.00000 - EMPREST.CAP.GIRO-COLIG/CONTROL."

Conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 179-200), a fiscalização analisou a contabilidade da fiscalizada e detectou, em seu Ativo Realizável a Longo Prazo, constam 2(duas) contas de valores bastante relevantes com as seguintes numeração/denominação:

1 - 01220000.00000 EMPR.INVEST.COLIG/CONTROLADAS

Neste ponto, o contribuinte apresentou 5 (cinco) contratos de mútuo (fls. 179-183), firmados entre a fiscalizada (mutuante) e a BRASAL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA (mutuária), CNPJ 36.756.997/0001-51. A BRASAL

ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA possui 74,48% do Capital Social da TAGUAUTO TAGUATINGA AUTOMOVEIS E SERVICOS LTDA.

Como para estes contratos o valor do principal está definido, enquadra-se na forma de cálculo do art. 7º, I, alínea "b" do Decreto nº 6.306/2007. Apesar disso, foi considerado os valores transitados pela conta contábil "01220000.00010 - BRASAL ADM E PARTICIP. LTDA" o ano-calendário de 2005, pois esta conta funciona como uma conta corrente que a empresa fiscalizada controla contabilmente em seu Ativo Realizável a Longo Prazo e é representativa de direitos que a mesma possui com a BRASAL ADM E PARTICIP. LTDA para a qual o contribuinte disponibilizava recursos financeiros.

2 - 01210000.00000 EMPREST.CAP.GIRO-COLIG/CONTROL.

Neste caso, o contribuinte prestou declaração (fls. 77-80) informando que a referida conta tem, na realidade, finalidade de promover uma reorganização societária no Ano-Calendário de 2005. Informa ainda que, apesar de ter realizado os lançamentos contábeis, a reorganização societária não ocorreu efetivamente, pois houve impedimentos de ordem jurídica, com acionistas minoritários buscando auxílio judicial para bloquear as operações, conforme relatado em sua declaração.

A fiscalização afirmou que, independentemente da concretização da almejada reorganização societária, os recursos financeiros foram colocados à disposição das Coligadas/Controladas e assim permaneceu por todo o ano de 2005, conforme demonstra o razão da referida conta contábil.

A fiscalização considerou, também, que a denominação da referida conta analítica deixa claro que se trata de transferências de recursos financeiros entre a fiscalizada e Coligadas/Controladas. Dessa forma, não há motivo para o contribuinte excluir-se da incidência do IOF sobre esses valores, pois, os recursos financeiros foram colocados à disposição das coligadas/controladas, enquadrando-se como fato gerador IOF, conforme o caput do art. 3º do Decreto nº 6.306/2007.

Como neste caso o valor do principal não está definido, enquadrando-se na forma de cálculo do art. 7º, I, alínea "b" do Decreto nº 6.306/2007, correspondente ao somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês sobre a conta contábil "01210000.00000 EMPREST.CAP.GIRO-COLIG/CONTROL." e a alíquota incidente sobre esse montante é de 0,0041%.

Notificada o auto de infração em 06/02/2009 (fl. 202), a contribuinte, ora Recorrente, apresentou sua Impugnação (fls. 203-225), para insurgir-se sobre os seguintes pontos da autuação:

Quanto à primeira acusação fiscal, correspondente aos contratos de mútuo representados pelos lançamentos constantes na Conta "01220000.00010 - BRASAL ADM e Particip. LTDA", a Recorrente não apresentou impugnação, reconhecendo a dívida por tratar-se efetivamente de operações de mútuo para com sua controladora, reconhecendo a incidência de IOF - mútuo.

Com isso, esta parte não está controvertida e a Recorrente informa que realizou o recolhimento tributo, que, com o acréscimo de multa e juros moratórios, perfaz o valor de R\$ 50.938,58, já se valendo da redução de 50% sobre a multa punitiva a que se refere

o art. 44, § 3º, da Lei 9.430/1996 c/c art. 6º, I, da Lei 8.218/1991. Junta a memória de cálculo do lançamento deste tributo, com o DARF e o comprovante de recolhimento (fls. 282-295).

Da parte controvertida:

DA OPERACAO DE VENDA DE PARTICIPACAO SOCIETÁRIA. Com relação à segunda acusação fiscal, referente à conta "01210000.00000 - EMPREST. CAP. GIRO-COLIG/CONTROL.", a Recorrente argumentou, em síntese:

- Não se tratam os valores de operações de mútuo e/ou empréstimos, mas de operações referentes a (re)organização societária entre as empresas do Grupo;

- Afirma que o saldo inicial, em 01/01/2005, da conta 01210000.00000-EMPREST. CAP. GIRO-COLIG/CONTROL., no valor de R\$ 12.085.448,19 fora constituído ao longo do ano-calendário de 2004, mediante lançamentos contábeis referentes à alienação e transferência das participações societárias, tendo-se, ao final dos lançamentos realizados, a baixa as contas de investimento para um registro de contas a receber a longo prazo perante a Brasal Administração e Participações, nova acionista das participações antes detidas pela Taguauto. Ou seja, em nenhum momento houve a entrega de recursos financeiros ou qualquer outra operação que tipificasse operação de mútuo-empréstimo;

- Não se trata de operação de mútuo nem de empréstimo, posto que não houve em nenhum momento transferência de recursos nem qualquer desembolso financeiro de caixa por ocasião desta operação junto à controladora Brasal Administração e Participações, mas em verdade alienação das participações societárias dantes existentes, as quais ainda não foram recebidas, justificando-se por isso sua manutenção em rubrica contábil de Ativo Realizável a Longo Prazo (Ativo não-Circulante), de acordo com as regras e princípios contábeis;

- No empréstimo - e em sua especificação própria de mútuo -, mister se faz a restituição da coisa ou dinheiro. A transferência é precária, temporária, determinada. Trata-se de operação mercantil que pressupõe: (i) a restituição; (ii) a fungibilidade da coisa negociada;

- A alienação de participação societária não pode ser considerada, sob nenhuma hipótese, coisa fungível, posto que insubstituível. Portanto, não se caracteriza, também sob este aspecto, a figura do mútuo na operação analisada pelo d. fiscal;

- A alienação, a transferência do investimento, da participação que a Taguauto antes detinha em diversas empresas do conglomerado deu-se de forma permanente e definitiva, razão pela qual fora justamente contabilizada como receita do exercício. Assim, não subsiste a obrigação de restituição a que exige a figura do empréstimo ou do mútuo;

- A regra-matriz de incidência tributária não restou aperfeiçoada. Os lançamentos contábeis realizados na rubrica "01210000.00000 - EMPREST. CAP. GIROCOLIG/CONTROL." não se enquadram em nenhuma das hipóteses de fato gerador do tributo, por não se tratar em absoluto de operação de crédito;

- Quanto à multa, afirma que o percentual de 75% configura absoluto confisco, já que o Principio Constitucional estampado no art. 150, inciso IV da

Constituição também se estende às penalidades pecuniárias, quando estas exacerbam aos limites de razoabilidade e da proporcionalidade;

- O art. 150, IV da Constituição objetiva coibir amplamente qualquer forma de confisco. Desse modo, toda imposição pecuniária, seja tributo, seja sanção pecuniária que também representa obrigação principal, jamais poderá possuir caráter confiscatório;

- O texto constitucional deve ser interpretado de forma extensiva, abrangendo não somente o tributo *stricto sensu*, mas também a multa aplicada ao contribuinte em decorrência da transgressão à legislação tributária;

- Requer a realização de perícia por entender necessária e indispensável no propósito de comprovar o alegado, conforme inciso IV do artigo 16 do Decreto 70.235/72, que se revela imprescindível em busca da verdade material;

- Nomeia perito contábil e formula quesitos. Junta razonetes, balancetes de verificação e livro razão, com memória técnica das contabilizações realizadas (fls. 297-430).

Em Sessão de 02 de outubro de 2009 foi proferido o Acórdão nº 03-33.690 (fls. 438-445) pela 2ª Turma da DRJ/BSB para julgar improcedente a impugnação apresentada, restando assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CREDITO, CAMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TITULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF

Período de apuração: 31/01/2005 a 31/12/2005

VENDA A COLIGADA/CONTROLADORA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. PAGAMENTO FUTURO. OPERAÇÃO DE CRÉDITO.

A operação de alienação de participações societárias para controladora não representa, por si só, uma operação de colocação de recursos financeiros à disposição do adquirente. Mas o não recebimento do preço da alienação no momento da venda é uma operação de crédito correspondente a mútuo.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE PRONUNCIAMENTO DA DRJ.

Tendo em vista que o órgão de julgamento administrativo é plenamente vinculado à lei, consoante o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 (incluído pelo art. 25 da Lei nº 11.941/2009) e o art. 7º da Portaria MF nº 58/2006, abaixo transcritos, não compete ao julgador proferir juízo quanto ao alegado miter confiscatório da multa prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96 e, por conseguinte, quanto à sua constitucionalidade, devendo o julgamento restringir-se à aplicação da lei conforme posta, já que até o momento não foi declarada inconstitucional em ADIn, ou em controle difuso (com edição de Resolução pelo Senado

Federal), ou em súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

PERÍCIA. PRESCINDÍVEL.

Nos termos do art. 18 do Decreto nº 70.235/72, sendo a perícia prescindível para o convencimento do julgador, o seu pedido pode ser rejeitado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Como razões de decidir, a r. decisão utilizou como fundamentos:

Além disso, não houve contestação ou crítica por parte da autoridade fiscal quanto à forma como o sujeito passivo procedeu a escrituração da operação de venda de participações societárias. Não foi este o ponto que fundamentou o lançamento.

Até porque o sujeito passivo agiu acertadamente ao registrar uma conta do ativo realizável a longo prazo (antes mencionada), ou seja, de direito a receber, em contrapartida de conta de receita, em função de venda de participações societárias cujo preço não foi recebido durante todo o ano 2005. A forma como foi feita está perfeita.

Acontece que foi exatamente o não recebimento do preço da alienação no momento da venda que representou para a autoridade fiscal uma colocação à disposição da controladora de recursos financeiros, e, por conseguinte, uma operação de crédito correspondente a mútuo. Correto o entendimento do Auditor-Fiscal.

Em uma operação de usual de venda haveria o recebimento imediato do numerário correspondente ao valor das participações societárias alienadas. Não possuindo o numerário suficiente para tal compra, o adquirente teria que recorrer a um empréstimo junto a uma instituição financeira qualquer, cujo pagamento seria realizado em futuro a fixar, adicionado de juros e taxas de administração correspondentes. Sobre tal empréstimo (mútuo) haveria incidência do IOF, fato este incontestável.

(...)

Na prática, o sujeito passivo emprestou o numerário necessário para a controladora adquirir as participações societárias, "recebeu" o pagamento da venda destas participações, e ficou com um direito de receber o montante emprestado a longo prazo. Tanto a saída de numerário no empréstimo, quanto a entrada para pagamento da venda realizada, são virtuais, pois não teria sentido em haver de fato a saída do referido montante das contas Bco. C/ Movimento ou Caixa no sujeito passivo e a equivalente entrada em Bco. C/ Movimento ou Caixa na controladora (adquirente), representando a disponibilização do empréstimo (mútuo), com imediata entrada nas contas Bco. C/ Movimento ou Caixa do sujeito passivo e a equivalente saída das contas Bco. C/ Movimento ou Caixa da controladora, representando a

aquisição das participações societárias com o numerário obtido no empréstimo.

Notificada da r. decisão, a Recorrente opôs Recurso Voluntário (fls. 454-475) para devolver toda a matéria impugnada, acrescentando, em síntese:

- Verifica-se na escrita contábil da Brasal Administração e Participações, nos balancetes dos meses de abril e dezembro de 2004, o reconhecimento da obrigação no Passivo Exigível a Longo Prazo — Conta 221.21.500 — "Débitos de Reorganização Acionária — Taguauto", o que corrobora para a demonstração da fidedignidade e legitimidade da operação, ou seja, de que ela sempre foi de alienação de participações societárias, para que elas passassem a ser detidas pela Holding, por conta de reorganização, otimização e reestruturação societária.

- A própria autoridade julgadora *a quo* reconheceu a correção e exatidão dos lançamentos contábeis efetuados;

- O que ocorreu foi alienação direta das participações societárias, as quais ainda não foram recebidas, justificando-se por isso sua manutenção em rubrica contábil de Ativo Realizável a Longo Prazo (Ativo não-Circulante), de acordo com as regras e princípios contábeis;

- Sobre a operação em comento, de alienação de participações societárias configuraria ganho de capital — caso o houvesse auferido —, a ser tributado sob a égide da legislação do imposto de renda, e não IOF por não se tratar de operação de crédito;

- Combate alguns pontos dos fundamentos da decisão, principalmente no ponto em que na r. decisão guerreada resta consignado que o não recebimento do preço da alienação no momento da venda que representou uma colocação à disposição da controladora de recursos financeiros e, por conseguinte, uma operação de crédito correspondente a mútuo, para afirmar que na alienação pactuada não foi convencionado o pagamento à vista, por isso contabilizada em ativo realizável, e isso não pode ser considerado uma operação financeira;

- Afirma que a alienação em questão não foi à vista, e, por questões distintas, referentes à capacidade financeira-operacional de pagamento da compradora e que não estão sob julgamento, os valores ainda não foram recebidos;

- Não se pode admitir é a "presunção" de uma operação financeira. A operação em questão é e sempre foi de alienação, de transferência de titularidade, definitiva e perene, das participações societárias para sua Controladora;

- Tal afirmação seria o mesmo do que dizer que não existe operação de venda diferida, a prazo ou a termo nas práticas comerciais, societárias e de mercado. Pois, a persistir a argumentação do d. julgador de primeira instância, a cada vez que isso acontecesse (venda a prazo), não se trataria efetivamente de uma operação de venda, que esteja registrada como "contas a receber", mas de fato de uma seqüência de empréstimos e mútuos entre as partes (alienante e adquirente) e, assim, a justificar a incidência a lançamento de IOF em toda venda a prazo;

- As operações de cobrança de créditos, a baixa por perda no recebimento de créditos incobráveis (art. 9º da Lei 9.430/96), ou mesmo a constituição de provisões para "créditos de liquidação duvidosa" perderiam sentido;

- Se a operação de alienação de participações societárias ainda não foi recebida ou liquidada, é assunto afeto à seara do direito comercial, do direito societário, ou, no máximo, do direito cível, mas não do direito tributário;

- Não houve prova do mútuo, embora o auditor-fiscal possua amplos poderes para exigir, vistoriar e fiscalizar todas as operações contábeis realizadas pelos sujeitos passivos e requerer e colher todo tipo de evidência para formar sua convicção;

- Nem mesmo se demonstrou em nenhum momento ter ocorrido desembolso de caixa, por ocasião da operação de alienação de participações societárias, para que pudesse ser caracterizado o empréstimo;

- Novamente discute a multa e seu caráter confiscatório, bem como a necessidade de perícia.

É a síntese do necessário.

Voto

Conselheiro Salvador Cândido Brandão Junior

O Recurso Voluntário é tempestivo e merece conhecimento.

De início, convém fixar os pontos controvertidos devolvidos para julgamento nesta instância administrativa: i) operações de crédito que representam mútuo de recursos financeiros em razão de créditos oferecidos para coligadas, detectado na conta 01210000.00000 - EMPREST. CAP. GIROCOLIG/CONTROL; ii) multa de ofício com efeitos confiscatórios.

Afasta-se a necessidade de realização de perícia, pois a prova que poderia trazer mais esclarecimentos, qual seja, a ata de reorganização societária onde consta a alienação de quotas sociais, não foi juntada aos autos e, das provas que foram, como as provas contábeis, são suficientes para o julgamento da causa, sendo prescindível sua realização, conforme dicção do art. 18 do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.

Nega-se a realização de perícia.

Da incidência do IOF/Crédito

Cumpra, neste ponto, analisar e julgar a incidência do IOF-Mútuo referente à acusação fiscal acerca da existência de operações de crédito realizadas entre empresas do

mesmo grupo econômico e detectadas nos lançamentos contábeis existentes na conta "01210000.00000 - EMPREST. CAP. GIRO-COLIG/CONTROL."

Quanto à incidência do imposto em abstrato, o legislador, tratou o mútuo de recursos financeiro entre pessoas jurídicas ou pessoas jurídicas e pessoa física como operação de crédito para fins incidência do IOF, nos termos do art. 13 da Lei nº 9.779/1999:

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. (grifei)

Note que o **critério material** desta hipótese de IOF é a realização de operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, e seu **critério temporal** é a data da concessão do crédito.

Note ainda que o próprio *caput* do artigo 13 prescreve que este fato descrito no critério material está sujeito à incidência do IOF de acordo com as mesmas previsões aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticados pelas instituições financeiras.

Assim, para fins de identificação de outros critérios, como base de cálculo e alíquota, é preciso investigar no CTN e na Lei nº 5.143/1966 e na Lei nº 8.894/1994., instrumentos normativos que regem a incidência do IOF para operações de crédito praticadas pelas instituições financeiras.

CTN. 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;

Lei nº 5.143/1966. Art 2º Constituirá a base do impôsto:

I - nas operações de crédito, o valor global dos saldos das operações de empréstimo, de abertura de crédito, e de desconto de títulos, apurados mensalmente; (grifei)

Da análise do regulamento do imposto, Decreto nº 6.306/2007, destaca-se os seguintes excertos:

Art. 2º O IOF incide sobre:

I - operações de crédito realizadas:

(...) c) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física;

Art. 3º. § 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:

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%; (grifei)

Em síntese, a Constituição da República, ao demarcar a competência do IOF, prescreveu "operações de crédito", que pode ser realizada de diversas maneiras, como bem exposto por Roberto Quiroga, ao afirmar *que a Carta Magna, em seu artigo 153, inciso V, ao utilizar-se da expressão operações de crédito, abriu grande leque de situações passíveis de tributação pelo IO/Crédito. Cabe ao legislador ordinário, no exercício de sua competência mencionada no artigo acima aludido, indicar quais operações de crédito serão efetivamente tributadas.*"¹

A lei ordinária, por sua vez, previu uma hipótese de operações de crédito na qualidade de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas não financeiras, mas não parece haver um reenvio da lei tributária para a lei civil ao se referir ao "mútuo", capaz de vincular a lei tributária aos contornos e parâmetros do direito privado, restringindo a incidência para uma forma jurídica específica.

Algumas características são comuns, como a concessão de um crédito em dinheiro e a devolução de bem de mesma espécie, mas para a tributação, ao contrário do direito civil, não é relevante existir a fixação prévia do valor principal do crédito, bastando que exista um crédito, também não é necessário para a incidência ter como critério temporal o aperfeiçoamento do contrato (entrega da coisa), já que, para o caso em análise, o legislador escolheu como critério temporal a data da efetiva entrega ou da disponibilização dos recursos, configurando cada saldo devedor diário uma nova concessão de crédito.

O valor emprestado, assim, não precisa ser prefixado, podendo ser disponibilizado em valores aleatórios, conforme a necessidade do mutuário e, neste caso, a base de cálculo será o saldo devedor no último dia do mês.

¹ MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os Impostos sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários. Conceitos Fundamentais. In Tributação Internacional e dos Mercados Financeiros e de Capitais. São Paulo, Quartier Latin, 2005. p. 124.

Conclui-se que a tributação do IOF não incide sobre um negócio jurídico específico, isto é, a forma jurídica de mútuo tal como prevista no direito civil, mas sim sobre operações de crédito. Qualquer tipo de incompatibilidade da operação de crédito em si com a forma jurídica do mútuo no direito civil, ou a entrega da coisa (contrato real) ou mesmo seu montante pré-fixado, são irrelevantes para o direito tributário, pois o legislador definiu seus próprios critérios.

Assim, deste que nesta conta corrente exista um lançamento que configure uma operação de crédito, haverá incidência do IOF/crédito.

Ressalte-se que o período de apuração dos autos é de 01/01/2005 até 31/12/2005, por isso, o regulamento do IOF vigente na época dos fatos era o Decreto nº 4.494/2002, cujos dispositivos equivalentes às disposições transcritas acima tinham redações idênticas.

Pois bem, a Recorrente afirma que as operações que compuseram o saldo inicial da conta 01210000.00000- EMPREST. CAP. GIRO-COLIG/CONTROL., em 01/01/2005, no valor de R\$ 12.085.448,19, não decorrem de operação de mútuo, mas sim de operação de alienações societárias.

Referidas operações foram realizadas ao longo do ano-calendário de 2004, mediante lançamentos contábeis referentes à alienação e transferência das participações societárias, tendo-se, ao final dos lançamentos realizados, a baixa das contas de investimento para um registro de contas a receber a longo prazo perante a Brasal Administração e Participações, nova acionista das participações antes detidas pela Taguauto. Ou seja, em nenhum momento houve a entrega de recursos financeiros ou qualquer outra operação que tipificasse operação de mútuo-empréstimo.

Conclui a Recorrente que os lançamentos realizados na conta 01210000.00000- EMPREST. CAP. GIRO-COLIG/CONTROL, cujo saldo final no ano de 2004 é de R\$ 12.085.448,19, não representam operações de mútuo, posto que não houve em nenhum momento transferência de recursos nem qualquer desembolso financeiro de caixa por ocasião desta operação junto à controladora Brasal Administração e Participações, mas em verdade alienação das participações societárias dantes existentes, as quais ainda não foram recebidas, justificando-se por isso sua manutenção em rubrica contábil de Ativo Realizável a Longo Prazo (Ativo não-Circulante), de acordo com as regras e princípios contábeis;

Analisando os documentos contábeis é possível identificar no balancete de verificação do exercício de 2004 (fl. 359) que o saldo do final do exercício para a conta 01210000.00000- EMPREST. CAP. GIRO-COLIG/CONTROL é de R\$ 12.085.448,19, como já relatado, cuja fonte deste valor é de sua subconta 0121.0000.00010 **CREDITO REESTRUT.SOCIETARIA**

01.02.01	EMPREST.CAP.GIRO-COLIG/CONTROL.				
0121.0000.00010	CREDITO REESTRUT.SOCIETARIA	11.653.817,86	431.630,33	0,00	12.085.448,19
	Total EMPREST.CAP.GIRO-COLIG/CONTROL.	11.653.817,86	431.630,33	0,00	12.085.448,19

Para encontrar os lançamentos que compuseram este saldo final foi preciso analisar o livro razão juntado aos autos, especificamente em fl. 318, para verificar a conta 0121.0000.00010 pertencente ao ativo realizável de longo prazo. Constata-se que o saldo desta conta até 30/04/2004 era ZERO, quando nesta data houve um lançamento a **débito de R\$ 11.653.817,86.**

Ainda analisando o razão, especificamente em fl. 321, é possível encontrar o segundo e último lançamento do ano de 2004, realizado a **débito** no dia 31/12/2004 na conta 0121.0000.00010 **CREDITO** REESTRUT.SOCIETARIA, na monta de **R\$ 431.630,33**.

A soma destes dois lançamentos perfaz o saldo de R\$ 12.085.448,19 da conta 0121.0000.00010 **CREDITO** REESTRUT.SOCIETARIA, e, por ser uma subconta, é o mesmo saldo da conta 01210000.00000- EMPREST. CAP. GIRO-COLIG/CONTROL.

Depreende-se do balancete de verificação do exercício de 2005 (fls. 395-430), bem como o ANEXO II do termo de verificação fiscal (fls. 192-199) que o saldo inicial da conta 01210000.00000- EMPREST. CAP. GIRO-COLIG/CONTROL. é de R\$ 12.085.448,19 e permanece assim durante todo o exercício, exceto quando em 31/12/2005 são realizados três lançamentos que somados representam o valor de R\$ 610.772,47.

A fiscalização entendeu que estes saldos de lançamentos a débito na conta de empréstimo capital de giro, conta do ativo realizável, consistia em uma disponibilização de crédito, sujeita à incidência do IOF, calculando-se o imposto sobre os saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês, nos termos do art. 7º, I, "a" do Decreto nº 6.306/2007.

A Recorrente defende-se da acusação sob o argumento de que não há operação de crédito, mas alienação direta das participações societárias, as quais ainda não foram recebidas, justificando-se por isso sua manutenção em rubrica contábil de Ativo Realizável a Longo Prazo (Ativo não-Circulante), de acordo com as regras e princípios contábeis.

Insurge-se, ainda, contra alguns pontos levantados pela r. decisão de piso, principalmente no ponto em que resta consignado que o não recebimento do preço da alienação no momento da venda que representou uma colocação à disposição da controladora de recursos financeiros e, por conseguinte, uma operação de crédito correspondente a mútuo, para afirmar que na alienação pactuada não foi convencionado o pagamento à vista, por isso contabilizada em ativo realizável, e isso não pode ser considerado uma operação financeira.

Não assiste razão à Recorrente e constata-se que, em verdade, estes saldos do exercício de 2005 correspondem à operações de crédito, sujeitas ao IOF.

A conta 01210000.00000 - EMPREST. CAP. GIROCOLIG/CONTROL. é uma conta analítica. O saldo inicial em 01/01/2005, como diversas vezes reiterado é de R\$ 12.085.448,19. Referido saldo inicial da conta 01210000.00000 - EMPREST. CAP. GIROCOLIG/CONTROL. permaneceu assim por todo o exercício de 2005, sem nenhum novo lançamento, exceto uma nova movimentação em 31/12/2005, na monta de R\$ 610.772,47, resultante de três lançamentos com a descrição "Valor ref. cotas sulamericana" e "Valor ref. cotas corretora" (fl. 81) e anexo II do termo de verificação fiscal (fls. 192-199).

Afirma a Recorrente que este saldo inicial em 2005 decorre de lançamentos efetuados no exercício de 2004, tendo como origem lançamentos realizados na conta sintética 01210000.00010 CREDITO, REESTRUT.SOCIETARIA" para dar suporte a uma diferida reorganização societária que restou infrutífera, pois, a Empresa, devido a fatores aleatórios à sua vontade, foi surpreendida com avalanches de impedimentos de ordem JURÍDICA, exatamente afetas ao Direito Societário, que levaram a Empresa ao engessamento absoluto e perene.

Não consta dos autos nenhum documento hábil para comprovar que a origem dos lançamentos que geram o saldo de R\$ 12.085.448,19 na conta 01210000.00000 -

EMPREST. CAP. GIROCOLIG/CONTROL. corresponde aos valores referentes à alienações de participações societárias. Não há documentos que comprovam o acordo de acionistas, cedentes, cessionários, valores, prazos etc.

Não há nem mesmo a dita e sobredita prova desta suposta reorganização societária, como por exemplo uma ata de assembleia ou mesmo o registro de uma alteração do contrato social, nem mesmo os documentos ou ações judiciais que impediram que estas organizações societárias fossem levadas a efeito.

Apenas afirmar que os lançamentos à débito em contas do ativo realizável não leva à conclusão de que houve uma alienação de ativos e que o recebimento do preço não tem data certa para ocorrer, por isso registrada em ativo realizável. Isso, por si só, não prospera, até porque quando há uma operação de crédito concedendo-se um empréstimo para uma empresa coligada, por exemplo, este lançamento também é realizado a débito em conta do ativo realizável, pois também será uma "conta a receber" em momento futuro.

O lançamento contábil em conta do ativo realizável com a rubrica de "empréstimo capital de giro" demonstra muito mais uma ocorrência de operação de crédito do que uma alienação de ativos "a prazo", como alegado pela Recorrente. A conclusão pela ocorrência de operação de crédito não foi infirmada pelas simples alegações, sem provas, de que se tratam de alienações societárias.

A própria Recorrente junta aos autos um documento denominado "racional de contabilização (fl. 297) onde é possível detectar que o lançamento discriminado acima realizado em 30/04/2004 é proveniente da conta "Mútuo - Brasal Adm. e Participações".

Correta a autuação, diante da constatação de operações de crédito neste ponto.

Dos lançamentos realizados em 31/12/2005

No entanto, é preciso trazer importante observação. Este saldo de R\$ 12.085.448,19 decorre de lançamentos realizados no ano de 2004, quando a conta 01210000.00000 tinha a rubrica "EMPREST. CAP. GIROCOLIG/CONTROL". Este saldo permaneceu nesta conta durante todo o exercício de 2005.

Ressalte-se, porém, que no exercício de 2005 a denominação desta conta 01210000.00000 sofreu alterações e passou a ser "CREDITO DE REORGANIZACAO SOCIETA".

Em 31/12/2005 foram realizados três lançamentos nesta conta contábil, cuja soma perfaz o valor de R\$ 610.772,47, montante este que foi incluído na base de cálculo do IOF pelo agente fiscal.

Ocorre que referidos lançamentos, discriminados abaixo, dois deles, creio, devem ser excluídos da base de cálculo, na medida em que representam valores referentes à alienações societárias como lucros na alienação ou perda de equivalência patrimonial, conforme demonstram os livros contábeis juntados aos autos, vejamos:

Do razão contábil da conta 01210000.00000 juntada aos autos em fl. 393, destaca-se os seguintes lançamentos:

Data	Histórico	Contra Partida	Débito	Crédito
31/12/2005	Valor ref. cotas sulamericana	01220000.99999	R\$ 304.677,54	0
31/12/2005	Valor ref. cotas corretora	01310100.00004	R\$ 281.476,00	0
31/12/2005	Valor ref. cotas sulamericana	03640200.00510	R\$ 24.618,93	0

Para o primeiro lançamento, no razão da conta 01220000.99999 - TRANSITORIA EMPR.COLIG.CONTROL., encontra-se este mesmo lançamento com sua contra-partida a crédito no montante de R\$ 304.677,54, mas também um outro lançamento, com a mesma data e valor, representando um débito com o histórico de venda de imobilizado, tendo como contra-partida a conta 03630500.00510 - LUCRO VENDA IMOBILIZADO.

Conta Contábil: 01220000.99999 2852 01.02.02.99 - TRANSITORIA EMPR.COLIG.CONTROL.				
Saldo Anterior:			0,00	0,00
31/12/2005	Valor ref. cotas sulamericana	FECH2005/000001	01210000.00010	304.677,54
31/12/2005	VR. QUE SE TRANSFERE REF. VENDA IMOBILIZADO	mc311205/000004	03630500.00510	304.677,54

No razão de fls. 308-313 é possível perceber que o valor de R\$ 24.628,93 tem como origem um lançamento de baixa por perda de equivalência patrimonial.

Data	Histórico	Referência	Contra Partida	Débito	Crédito
Conta Contábil: 03640200.00510 2678 03.06.04.02.01 - PERDAS EQUIVALENCIA PATRIMONIAL					
Saldo Anterior:				0,00	0,00
31/12/2005	Valor ref. cotas corretora	FECH2005/000003	01310100.00004	4.532,77	
31/12/2005	Valor ref. cotas sulamericana	FECH2005/000004	01210000.00010		24.618,93
31/12/2005	Valor ref. equivalencia patrimonial ano 2005	FECH2005/000005	01310100.00005	10.565,06	
31/12/2005	Valor ref. equivalencia patrimonial ano 2005	FECH2005/000007	01310100.00002	56.469,90	
31/12/2005	VR. BAIXADO REF. PERDA EQUIVALENCIA EXERC.	mc311205/000002	01310100.00006	24.618,93	
2005					

Já para o valor de R\$ 281.476,00, não foi possível identificar a origem deste lançamento, tendo como contra-partida 01.03.01.01.04 - Brasal Corretora de Seguros Ltda e, por não ter nenhuma outra referência, deve ser considerado como parte de uma operação de crédito-mútuo.

Desta feita, deve ser excluído da base de cálculo os lançamentos referentes à coligada "Distribuidora Sulamericana Ltda., de R\$ 304.677,54 e R\$ 24.618,93, cuja soma é R\$ 329.296,47, por restar comprovado fazer parte de uma alienação societária e, por isso, não pode ser considerado operação de crédito.

Da multa e seu efeito confiscatório

Quanto a dosimetria da penalidade, a hipótese legal desta sanção prevê seus critérios quantitativos, estando em vigor, sem nenhuma declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Para se afastar a aplicação de sanção prevista em lei sob o argumento de falta de proporcionalidade ou de confisco, necessariamente, implicaria a declaração de inconstitucionalidade da lei, discussão esta que só pode ser travada perante o Poder Judiciário, e não na esfera administrativa, conforme previsão do Art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972,

Processo nº 14041.000135/2009-40
Acórdão n.º **3301-006.084**

S3-C3T1
Fl. 513

bem como o enunciado da Súmula nº 02 deste Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Conclusão

Isto posto, conheço do recurso voluntário para , no mérito, dar parcial provimento, apenas para excluir da base de cálculo os lançamentos referentes à coligada "Distribuidora Sulamericana Ltda., de R\$ 304.677,54 e R\$ 24.618,93, realizados em 31/12/2005, por restar comprovado fazer parte de uma alienação societária e, por isso, não pode ser considerado operação de crédito.

Salvador Cândido Brandão Junior - Relator