



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

Processo n° 19515.721282/2012-52
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-003.956 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de julho de 2017
Matéria Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF
Recorrente Empreita Holding Participações Ltda.
Recorrida Fazenda Nacional

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

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2011

IOF. OPERAÇÕES DE CRÉDITO. COLIGADAS. O art. 13 da Lei nº 9.779/99, amparado no art. 63, I e art. 66 do CTN, prescreve a incidência do IOF sobre as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, conforme as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras. Não há óbice na tributação pelo IOF das pessoas jurídicas não financeiras, sendo de nenhum valor a afirmação de que o mútuo celebrado entre empresas coligadas, para fins apenas empresariais, é sem caráter especulativo.

MULTA QUALIFICADA DE 150%. ÔNUS DA PROVA. A aplicação da multa qualificada pressupõe a demonstração pela fiscalização do evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. Na ausência de demonstração cabal do dolo, deve ser retirada a qualificação da multa, reduzindo seu patamar de 150% para 75%.

Recurso Voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, para retirar a qualificação da multa, reduzindo seu patamar de 150% para 75%, nos termos do relatório e do voto que integram o presente julgado.

José Henrique Mauri - Presidente.

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora.

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros José Henrique Mauri (Presidente), Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Maria Eduarda Alencar Câmara

Simões, Valcir Gassen, Liziane Angelotti Meira, Larissa Nunes Girard, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho e Semíramis de Oliveira Duro.

Relatório

Trata-se de auto de infração constituído para a cobrança de IOF decorrente de operações de mútuo 'de conta corrente', acrescido de multa de ofício qualificada (150%) e juros de mora, totalizando o crédito tributário de R\$ 1.134.628,81.

Entendeu a fiscalização que houve a ocorrência do fato gerador do IOF nas operações com base em contrato de mútuo firmado entre empresas coligadas, ou seja, entre a pessoa jurídica controladora (holding) e suas controladas, a primeira coloca recursos seus à disposição das controladas para fins de adimplemento de obrigações dessas últimas.

A motivação do lançamento está descrita no Relatório Fiscal (e-fls. 104-127), do qual se extrai os seguintes trechos:

4.1.3 O contribuinte, intimado a apresentar os contratos de mútuo originais ou cópias autenticadas relacionados aos lançamentos contábeis das seguintes contas, assim o fez.

- 2.2.1.02.00003 - Ricardo Ferraz Camargo Filho.
- 1.2.1.01.00001 - América Trol Constr. e Incorp. Ltda.
- 1.2.1.01.00002 - Goiabeiras Participações Ltda.
- 1.2.1.01.00004 - Jaú Construtora e Incorporadora.
- 1.2.1.02.00001 - Guarita Holding Participações Ltda.

4.1.4 Os contratos intitulados como MÚTUO COM CONTA CORRENTE ENTRE EMPRESAS COLIGADAS descreviam como objeto do contrato a relação de empréstimo de numerários em sistema de "conta corrente" de débitos e créditos.

Neste sistema, ambas as mutuárias poderão receber empréstimos e quitá-los na medida do interesse recíproco. Em todos os contratos apresentados, o mutuário devedor obriga-se a restituir a quantia definida pelos empréstimos até o dia 31 de agosto de 2016 sem que haja acréscimo de juros ou correção monetária mediante depósitos em conta corrente.

Houve convenção de cláusula compensatória e moratória com multa de 10% além de juros de mora de 1% ao mês até a data da efetiva restituição.

Ora, pela leitura da cláusula contratual infere-se, de forma firme, que a controlada mantém junto à controladora uma verdadeira conta-corrente, que vai sendo constantemente alimentada por suas receitas e suas disponibilidades. É a fórmula concreta explicitada no item 1, do AD nº 07/1991, da qual roga se afastar a consultente. Assemelha-se, mesmo, a um contrato de cheque especial, isto é, na medida em que o valor das disponibilidades é demasiadamente reduzido para fazer face às despesas da controlada, a controladora empresta os recursos àquela, cobrando juros sobre os valores em aberto ou não. Ademais, a remuneração não se materializa em função dos serviços prestados de gestão de caixa, que dizer, não ocorre a obrigação de remunerar o serviço pela simples administração das disponibilidades de caixa da controlada, o que seria o comum num contrato de prestação de serviço. Pelo contrário, a remuneração é em realidade a própria remuneração do capital emprestado; são os juros sobre o capital da controladora disponibilizado à controlada. É, portanto, demasiado claro que estamos

lidando com operações de crédito entre pessoas jurídicas, com fulcro no artigo 13 da Lei nº 9.779/1999, com moldura hermenêutica oferecida pelos Atos Declaratórios nºs. 07 e 30 de 1999. Mesmo ainda, como vimos no artigo 3º, § 1º, alíneas "c" e "d", do RIOF, estas operações de crédito constituem fatos geradores do IOF.

(...)

5.1.1 A Sociedade EMPREITA HOLDING PARTICIPAÇÕES LTDA (CNPJ 07.420.146/000135), durante os anos de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011 efetuou contratos de mútuo com outras pessoas jurídicas e não recolheu, na condição de responsável tributário, o IOF sobre tais operações.

5.1.2 A base de cálculo nos casos de mútuo na modalidade "conta corrente" é o somatório dos saldos devedores diários apurados no último dia de cada mês.

VIDE ANEXOS A, B e C e TABELAS 2, 3 e 4 respectivamente.

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%;

5.1.3 O caso concreto constatado não se insere nos casos discriminados como alíquota zero (art. 8º do decreto 6306/2007) nem nos casos de isenção (art. 9º do decreto 6306/2007).

(...)

8.1. Assim sendo, foi efetuado o lançamento de ofício do IOF – IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGURO, OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS incidente sobre as operações de mútuo na modalidade conta corrente entre pessoas jurídicas, com multa qualificada de 150%, bem como juros de mora devidos desde o vencimento.

8.2 A multa qualificada (de 150%) se justifica pelo fato da empresa ter agido, em tese, dolosamente com o intuito de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador de IOF ao proceder reiteradamente mútuos sem a devida tributação de 2007 a 2011, sendo que os contratos determinam o prazo final para a amortização do mútuo em 31/08/2016.

(...)

10.1 A omissão de fatos geradores de IOF é, em tese, crime contra a ordem tributária, cabendo Representação Fiscal para Fins Penais.

10.2 Ressalte-se, no entanto, que o enquadramento de conduta em um dos tipos penais descritos no Código Penal e modificações posteriores requer que a omissão seja praticada com a intenção de "suprimir ou reduzir tributo e qualquer acessório". Assim, não é o fato isolado de omitir alguma informação em DIPJ que, por si só, denota um comportamento sonegador. Há que se analisar em cada caso concreto a presença de elementos suficientes para configurar o ilícito penal.

10.3 Considerando-se que:

a) A multa qualificada (de 150%) se justifica pelo fato da empresa ter agido, em tese, dolosamente com o intuito de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador de IOF ao proceder reiteradamente mútuos sem a devida tributação entre 2007 e 2011, sendo que os contratos determinam o prazo final para a amortização do mútuo em 31/08/2016.

b) O IOF deve ser declarado em DCTF - Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais e houve omissão de declaração.

10.4 Houve Representação Fiscal para Fins Penais pelo fato constatado na fiscalização de omissão de fatos geradores de IOF configurando a tipicidade, em tese, do crime contra a ordem tributária. PROCESSO 19515-721.283/2012-05.

Os argumentos da impugnação da empresa foram bem sintetizados pela 3ª Turma da DRJ/RJ1, acórdão nº 12-69.859, nesses termos:

Decadência

5 – os fatos geradores do IOF se subsumem às disposições contidas no art. 150, §4º, do CTN, o qual estabelece o prazo de 5 anos contados a partir de sua ocorrência para que o lançamento do tributo seja homologado pelo sujeito ativo;

6 – o comando contido no §4º, do art. 150 do CTN, por ser regra especial, prevalece sobre a regra geral do artigo 173, I, do mesmo código;

– o crédito tributário ora contestado está sendo exigido desde o ano de 2007, “o qual está coberto pelo manto da decadência, de acordo com as normas especiais e princípios do direito tributário, especialmente o da segurança jurídica, por se tratar de fato gerador ocorrido há mais de cinco anos.”;

Nulidade do auto de infração – Princípio da legalidade

8 – “A incidência do IOF restringe-se as operações de crédito realizadas entre pessoas sem nenhum vínculo jurídico uma vez que esse tipo de operação exige a independência patrimonial entre o concedente e o tomador, o que não ocorre na situação em exame.”;

9 – as empresas envolvidas passaram por processo de incorporação (artigos 223 e seguintes da Lei 6.404/76);

10 – além disso, os valores relativos às operações realizadas entre as pessoas envolvidas foram destinados a aumento de capital;

11 – o afastamento da exigência de tributo por inexistência de previsão legal que abarque a situação jurídica específica ora examinada é motivo suficiente para que seja decretada a nulidade do auto de infração, por incontestável afronta ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, II, e CTN art. 97, I).

Mérito

12 – o art. 64 do Decreto 6.306, de 2007, dispõe que não configura fato gerador erro formal ou contábil, devendo, nesta hipótese, ser mantida à disposição da fiscalização a documentação comprobatória e ser promovida a regularização pertinente;

13 – contudo, o interessado estava sob procedimento fiscal, que interrompe a espontaneidade em relação aos fatos auditados;

14 – a autoridade lançadora se apegou aos contratos denominados “Contrato De Mútuo Com Conta Corrente Entre Empresas Coligadas”, sem se ater que os valores resultantes dessas operações foram convertidos para aumento de capital, ou seja, tratavam de Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital;

15 – “Na qualidade de sócia das demais empresas, a impugnante, bem como seus sócios, assumem a posição de investidores dessas pessoas jurídicas, cujos aportes, apesar de constarem como mútuos, foram utilizados para aumento desses investimentos.”;

16 – a título de exemplo, na 2ª alteração contratual da empresa "Guarida Empreendimentos Imobiliários Ltda", o valor do "mutuo" de R\$ 8.505.000,00 foi destinado ao capital da empresa pela admissão do interessado no quadro societário;

17 – na 6ª alteração contratual da empresa "América Trol Construtora e Incorporadora Ltda", o valor do "mútuo" de R\$ 1.455.926,32 foi destinado ao capital da empresa pela admissão do interessado no quadro societário;

18 – também faz prova o fato de as "mutuárias" Guarida Holding Participações Ltda e Goiabeiras Participações Ltda terem sido incorporadas pela América Trol Construtora e Incorporadora Ltda (atual Goiabeiras Empresa de Shopping Center Ltda), onde os valores apontados como "mútuos" destinaram-se a aumento de capital;

19 – a quantia tomada da Jaú Construtora e Incorporadora Ltda foi assumida pela pessoa física do sócio do interessado, Sr. Renato Ferras de Camargo, portanto, escapa da incidência do tributo sob a responsabilidade do interessado;

20 – os fatos representam na realidade um aumento do investimento da impugnante e não de concessão de "mútuo", o que revela que houve erro formal e contábil do fato jurídico tido como gerador do tributo, uma vez que os valores registrados erroneamente na escrita contábil do interessado foram destinados a aumento de capital, hipótese excluída da esfera de incidência do IOF;

21 – deve ser observado que está sendo exigido IOF até a data de 28.06.2010, incidente sobre o valor de R\$ 1.455.926,32, mas que em 01/02/2010, conforme alteração contratual arquivada na JUCESP em 05/03/2010, foi utilizado para aumento de capital da empresa América Trol. Esse fato também nulifica o auto de infração por evidenciar o erro cometido pela fiscalização.

Da Multa qualificada e dos Juros com taxa selic

22 – foi aplicada multa qualificada de 150% sobre o valor do crédito, haja vista que o interessado teria agido dolosamente com o intuito de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador do IOF ao realizar reiteradamente mútuos sem a devida tributação de 2007 a 2011, tendo sido caracterizada omissão dolosa de declaração em DCTF;

23 – somente a partir da ocorrência do fato gerador do tributo é que surge a obrigação acessória de inserir na DCTF a informação sobre a apuração do imposto;

24 – as operações realizadas pelo interessado não estão no âmbito de incidência do IOF, logo não há obrigação de informar esse imposto em DCTF;

25 – ocorreram erros formal e contábil, “os quais indevidamente transmutaram os valores adiantados e destinados a futuro aumento de capital em empréstimos ou mútuos entre sociedades ligadas.”;

26 – “o erro se confirma nas declarações prestadas durante o procedimento fiscal, onde a impugnante inocentemente esclarece que os aportes feitos pelos sócios nas sociedades estavam fora da incidência do IOF justamente por se tratar de mútuo entre empresas ligadas, sem se deter sobre a essência dos fatos jurídicos ocorridos.”;

27 – o julgador administrativo deve buscar a verdade material e não deve “restringir seu exame ao que foi alegado, trazido ou provado pelas partes, podendo e devendo buscar todos os elementos que possam influir em seu julgamento.”;

28 – “da mesma forma a fiscalização não deve e não pode restringir-se aos elementos apresentados ou às convicções do contribuinte, uma vez que há o poder-dever de apurar a verdade real e aplicar-lhe as normas tributárias”;

29 – “Portanto, se houve erro na exegese do contribuinte, ou, como na situação em exame, se houve erro formal e de escrituração, hipóteses excludentes da incidência do imposto expressamente previstas na norma de regência, não há como ser admitida e mantida a imputação de dolo e má-fé ao procedimento da impugnante ao deixar de cumprir obrigação acessória inexistente, qual seja: a de não informar em DCTF tributo cujo fato gerador não ocorreu.”.

30 – a multa qualificada somente pode ser imposta se tiver ancorada na produção pelo fisco de prova robusta sobre a ocorrência de dolo com o intuito de cometer fraude, sonegação ou conluio, elementos subjetivos que não admitem presunção;

31 – “Não há nos autos nenhuma prova irrefutável da má intenção da impugnante, nem de comportamento suspeito que justifique a aplicação dessa penalidade, ao arrepio das disposições do inciso VII do artigo 149 do CTN.”;

32 – “É imprescindível existirem evidências de ocultação de receitas, ou de algum subterfúgio que culmine na exclusão ou redução do imposto a pagar. Na situação em exame além de inexistir o fato gerador do tributo, uma profunda análise dos fatos jurídicos ocorridos comprovam que foram cometidos erros formais e contábeis pelo sujeito passivo, mantidos apenas pela deficiente análise da fiscalização.”;

33 – “Para que o elemento fraude seja admitido, é imprescindível que o fato gerador da obrigação tivesse sido ocultado por ação ou omissão ou, ainda, tivessem sido modificadas suas características a fim de evitar a incidência do imposto.”;

- 34 – também não se trata de sonegação, pois não houve ação, omissão ou tentativa de impedir a autoridade fazendária conhecer os fatos;
- 35 – assim, a aplicação da multa qualificada a fatos jurídicos ocorridos há mais de cinco anos e cujos fatos geradores são inexistentes, revela-se ato nulo de pleno direito;
- 36 – a exigência ao pagamento dos juros pela aplicação da taxa Selic, além de ser índice que embute correção monetária de forma inequivocamente ilegítima, trata-se de obrigação acessória que deve seguir o mesmo destino da obrigação principal cuja ilegalidade e ilegitimidade estão reveladas, fato que obriga o afastamento da aplicação dos juros, o que desde já é requerido.
- 37 – O interessado cita ementas de julgados administrativos e judiciais, acosta aos autos documentação trazida com a impugnação (fls. 998/1.170) e encerra requerendo a procedência da impugnação com o cancelamento do auto de infração ora questionado.

A decisão de piso julgou improcedente a impugnação, mantendo a exigência, conforme sintetiza a ementa, a seguir reproduzida:

(...)

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. Não está inquinado de nulidade o auto de infração lavrado por autoridade competente, em consonância com a legislação de regência.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

DECADÊNCIA. PARECER PGFN CAT/1.617/2008. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, quando há pagamento antecipado do tributo. Na inexistência de pagamento ou nos casos de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA. EFEITOS. As decisões administrativas proferidas por órgão colegiado, sem lei que lhes atribua eficácia, não constituem normas complementares do Direito Tributário.

JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL. EFEITOS. As decisões judiciais fazem coisa julgada às partes, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009, 2010

MÚTUO FINANCEIRO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. INCIDÊNCIA. As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas sujeitam-se à incidência do IOF, considerando-se ocorrido o fato gerador na data da concessão do crédito.

MULTA QUALIFICADA. É cabível a multa por infração qualificada (duplicação do percentual da multa de 75%), quando configuradas as hipóteses previstas nos arts. 71, 72 e 73, da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. SÚMULA CARF nº 4. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita

*Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.
Impugnação Improcedente*

Inconformada, a empresa apresentou seu tempestivo recurso voluntário, e-fls. 1219-1239, requerendo a improcedência do lançamento, ratificando as mesmas razões de sua impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheira Semíramis de Oliveira Duro

Decadência

No recurso voluntário, alega a Recorrente que o tributo em cobrança, sujeita-se ao lançamento por homologação e, por isso, que deve ser aplicada a regra geral do art. 150, §4º do CTN.

A decadência do direito de constituir o crédito tributário é regida pela regra geral do art. 150, §4º, do CTN, apenas quando se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação e o contribuinte tiver realizado o respectivo **pagamento parcial antecipado**.

Por conseguinte, como não houve pagamento antecipado de IOF, sequer parcial, é afastada a aplicação do art. 150, §4º, primeira parte, do CTN, fazendo incidir o art. 173, I, do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, o STJ já se pronunciou no REsp 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 18/09/2009.

Assim, a decadência deve ter como termo inicial, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Neste caso, o prazo decadencial teve como termo inicial a data de 01/01/2008, para os fatos geradores ocorridos ao longo do ano-calendário 2007, que são os fatos mais antigos da autuação, e termo final a data de 01/01/2013. A notificação ao sujeito passivo se deu em 16/06/2012. Observa-se que não houve a alegada decadência.

Nulidade do auto de infração

Não vislumbro nulidades do auto de infração, por ausência de violação às prescrições dos artigos 142 do CTN, 10 e 59 do Decreto nº 70.235/1972, pois a autuação está fundamentada nos dispositivos legais que a regem e a descrição dos fatos já conduz às

situações jurídicas que desencadearam o lançamento, o que permitiu à Empreita Holding identificar o fundamento da exigência fiscal.

Consta nos autos, que a Recorrida foi intimada de todos os atos, bem como foi exercido o amplo direito de defesa mediante contraditório regularmente instaurado, tendo sido ofertada a impugnação ao lançamento e o recurso voluntário contra a decisão de piso.

Ademais, não há no auto de autuação quaisquer vícios, não há falar-se, portanto, em nulidade do lançamento.

Quanto ao argumento de violação do princípio da legalidade, por entender que não ocorreu o fato gerador do IOF nos mútuos entre as coligadas, esta matéria é objeto de análise de mérito, que será feita a seguir.

Deve, portanto, ser rejeitada a preliminar de nulidade.

Incidência de IOF nas operações de mútuo entre coligadas

O CTN definiu os fatos geradores e os contribuintes do IOF, nos seus art. 63 e 66, nos seguintes termos:

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;

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

O art. 13 da Lei nº 9.779/99, amparado no art. 63, I e art. 66 do CTN, determinou a incidência do IOF sobre as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, conforme as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras, *verbis*:

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.

O que decorre da leitura dos dispositivos supracitados é que as operações de mútuo celebradas por pessoas jurídicas, sejam instituições financeiras ou não, subsomem-se ao fato gerador insculpido no inciso I do art. 63 do Código Tributário Nacional.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 1.763 (DJ 26/9/2003), fixou o entendimento de que "*o âmbito constitucional de incidência possível do IOF sobre operações de crédito não se restringe às praticadas por instituições financeiras*".

Dessa forma, não existe óbice à cobrança de IOF das pessoas jurídicas não financeiras, mútuo celebrado entre empresas coligadas, para fins apenas empresariais e, portanto, *sem caráter especulativo*.

Nesse sentido:

*Acórdão nº 3403003.410, 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária,
julg. 12/11/2014*

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

Ano-calendário: 2004

*OPERAÇÕES DE CRÉDITO. MÚTUO DE RECURSOS
FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS
COLIGADAS. As operações de crédito correspondentes a
mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas
coligadas sujeitam-se à incidência do IOF segundo as
mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e
empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.*

O art. 1º do Ato Declaratório Interpretativo nº 30/1999 dispõe que o IOF (art. 13, da Lei nº 9.779/1999), incide somente sobre operações de mútuo que tenham por objeto recursos em dinheiro, disponibilizados sob qualquer forma, e quando o mutuante for pessoa jurídica. Então, para a incidência do IOF sobre as operações de mútuo de que trata o comando legal mencionado, importa apenas a entrega ou disponibilização do recurso financeiro pela pessoa jurídica mutuante, pouco importando a forma pela qual ela se dê. Com isso, o conta-corrente é uma forma de disponibilização os valores objeto dos contratos entre as coligadas.

Para a incidência do IOF, de acordo com o art. 13 da Lei nº 9.779/99, importa verificar tão somente se estão presentes, no caso concreto, as características essenciais do mútuo, sendo irrelevantes aspectos formais mediante os quais a operação se materializa (mútuo com "conta corrente"), bem como a natureza de vinculação entre as partes (coligadas). Dessa forma, uma vez identificados os atributos inerentes ao mútuo (art. 586 do CC), a operação deve sujeitar-se a incidência do imposto, independentemente de o crédito estar sendo entregue ou disponibilizado por meio de conta corrente ou por qualquer outra forma.

O STJ, no Recurso Especial nº 1.239.101 – RJ, DJ 19/09/2011, assenta a irrelevância da nomenclatura contratual adotada para se cogitar da incidência ou não do imposto, sendo determinante para isso que, essencialmente, se trate de operação de crédito correspondente a mútuo:

IOF. TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO CORRESPONDENTES A MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. ART. 13, DA LEI N. 9.779/99. 1. O art. 13, da Lei n. 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.

Consta do voto do Min. Mauro Campbell:

*Sendo assim, o contrato de mútuo, longe de ser a única espécie contratual a ser tributada, é tido por um modelo cujas características essenciais devem ser buscadas em outras espécies de contrato que envolvam operações de crédito para que possam se alcançadas pelo hipótese de incidência do IOF. É por esse motivo que o § 1º, do art. 13, da lei citada considera ocorrido o fato gerador do tributo na data da concessão **do crédito.***

(...)

Nesse sentido, não resta dúvida que as operações realizadas ao abrigo de contrato de conta corrente entre empresas coligadas, com a previsão de concessão de crédito, são verdadeiras operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros, na medida em que, em todos os casos, é disponibilizado numerário de forma imediata para pagamento futuro a depender do saldo existente.

De acordo com o termo de verificação fiscal foi constatado que a Recorrente disponibilizava recursos para as empresas ligadas de forma sistemática, o que é disciplinado pelo art. 7º do Decreto nº 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:

Adiantamento para futuro aumento de capital - AFAC

Alega a Recorrente que as operações entre a controladora e as controladas são adiantamento para futuro aumento de capital, e que por isso, não há incidência do IOF. Sustenta que a autoridade lançadora se ateve aos contratos denominados “Contrato de Mútuo com conta corrente entre empresas coligadas”, mas os valores resultantes dessas operações foram convertidos para aumento de capital, ou seja, tratavam de Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital. Isso porque na qualidade de sócia das demais empresas, a Recorrente e sócios assumem a posição de investidores dessas pessoas jurídicas, cujos aportes, apesar de constarem como mútuos, foram utilizados para aumento desses investimentos.

Em consequência, entende que por se tratarem de aumento do investimento e não de concessão de "mútuo", houve apenas erro formal e contábil do fato jurídico tido como gerador do tributo, uma vez que os valores registrados erroneamente na escrita contábil do interessado foram destinados a aumento de capital, hipótese excluída da esfera de incidência do IOF.

Não assiste razão à Recorrente. Explico.

Os adiantamentos para futuro aumento de capital são os recursos recebidos pela empresa, de seus acionistas ou quotistas, a serem utilizados com a finalidade de aumentar o capital social.

No recebimento de tais recursos, a empresa deve registrar o recurso recebido, normalmente no Ativo Circulante, e a crédito dessa conta específica “Adiantamento para Futuro Aumento de Capital”. Entretanto, enquanto não for celebrada a alteração contratual e o respectivo registro perante os órgãos competentes, os valores devem permanecer em contas do Passivo Circulante e/ou Exigível a Longo Prazo.

Para que as quantias a título de AFAC não sejam caracterizadas como mútuo, o recebimento dos recursos financeiros deve estar documental e escriturado, demonstrando a clara intenção de capitalização pelos quotistas, o que não foi comprovado nos autos.

Como fundamento de seu entendimento, Recorrente apresenta os seguintes argumentos:

16 – a título de exemplo, na 2ª alteração contratual da empresa "Guarida Empreendimentos Imobiliários Ltda", o valor do "mútuo" de R\$ 8.505.000,00 foi destinado ao capital da empresa pela admissão do interessado no quadro societário;

17 – na 6ª alteração contratual da empresa "América Trol Construtora e Incorporadora Ltda", o valor do "mútuo" de R\$ 1.455.926,32 foi destinado ao capital da empresa pela admissão do interessado no quadro societário;

18 – também faz prova o fato de as "mutuárias" Guarida Holding Participações Ltda e Goiabeiras Participações Ltda terem sido incorporadas pela América Trol Construtora e Incorporadora Ltda (atual Goiabeiras Empresa de Shopping Center Ltda), onde os valores apontados como "mútuos" destinaram-se a aumento de capital;

19 – a quantia tomada da Jáú Construtora e Incorporadora Ltda foi assumida pela pessoa física do sócio do interessado, Sr. Renato Ferras de Camargo, portanto, escapa da incidência do tributo sob a responsabilidade do interessado;

(...)

21 – deve ser observado que está sendo exigido IOF até a data de 28.06.2010, incidente sobre o valor de R\$ 1.455.926,32, mas que em 01/02/2010, conforme alteração contratual arquivada

na JUCESP em 05/03/2010, foi utilizado para aumento de capital da empresa América Trol. Esse fato também nulifica o auto de infração por evidenciar o erro cometido pela fiscalização.

Os contratos entre as coligadas, denominados “Contrato de mútuo com conta corrente entre empresas coligadas” (e-fls. 606 e s.), têm cláusulas comuns: o objeto era constituir relação de empréstimo de numerário em sistema de “conta corrente”, por meio do qual as mutuárias poderiam receber e quitar os empréstimos na medida do interesse recíproco. Consta, ainda, que o mutuário devedor deveria restituir a quantia devida até o dia 31 de agosto de 2016. Esses contratos não fazem qualquer menção a adiantamento para futuro aumento de capital.

Quanto à alegação de que, conforme a 2ª alteração contratual da empresa "Guarida Empreendimentos Imobiliários Ltda" (e-fls. 1132 e s.), o valor do "mútuo" de R\$ 8.505.000,00 foi destinado ao capital da empresa pela admissão do interessado no quadro societário, tal assertiva não é verídica, pois o valor de R\$ 8.505.000,00 foi destinado pela Recorrente à Guarida Empreendimentos na data de 27/11/2007 e seu ingresso na sociedade se deu apenas em 02/04/2010.

A respeito da alegação de que, conforme a 6ª alteração contratual da empresa "América Trol Construtora e Incorporadora Ltda" (e-fl.1071 e s.), o valor do "mútuo" de R\$ 1.455.926,32 foi destinado ao capital da empresa pela admissão do interessado no quadro societário, também não merece prosperar, porque o saldo devedor da América Trol para com a Recorrente no valor de R\$ 1.455.926,32, era devido na data 15/09/2008, e a referida alteração contratual se deu apenas em 01/02/2010.

Sobre esse contrato, acrescenta a empresa que IOF foi exigido até a data de 28.06.2010, incidente sobre o valor de R\$ 1.455.926,32, mas que em 01/02/2010, conforme alteração contratual arquivada na JUCESP em 05/03/2010, foi utilizado para aumento de capital da empresa América Trol. Sobre essa questão, a análise da DRJ foi precisa:

Sobre o montante de R\$ 1.455.926,32, a que se refere o interessado, incidiu IOF por 651 dias, isto é, desde 15.09.2008 até 28.06.2010, data em que houve a baixa contábil do empréstimo (fls. 124 e 1043). O referido montante foi constituído pelo saldo inicial do ano-calendário 2007 acrescido de outros empréstimos realizados ao longo dos anos-calendário 2007 e 2008, conforme se observa no livro Razão (fls. 1037, 1038 e 1040) e no Anexo A do termo de verificação fiscal (fl. 124).

81 Na alteração do contrato social aludida pelo interessado, constata-se que o aumento de capital, no valor de R\$ 3.075.544,00, foi integralizado mediante a capitalização total de empréstimo concedido pelo interessado à América Trol, na data de 21 de janeiro de 2010, conforme reproduzido parcialmente a seguir (fls. 1071/1085):

2. O presente aumento é integralmente subscrito neste ato pela sócia EMPREITA HOLDING PARTICIPAÇÕES LTDA, acima qualificada, e é totalmente integralizado mediante a capitalização total do empréstimo concedido pela sócia à Sociedade, na data de 21 de janeiro de 2010. (destaque não consta no original).

82 Como se vê, o período em que foi constituído o saldo de R\$ 1.455.926,32, que serviu de base de cálculo do IOF (anos-calendário 2007 e 2008 - fls. 124), difere da data de 21.01.2010, em que foi concedido o empréstimo, no valor de R\$ 3.075.544,00, utilizado na integralização do aumento de capital mencionado pelo interessado, conforme constou na alteração de contrato social juntada pelo interessado (fl. 1072).

83 Além disso, por meio do livro Razão, constata-se que o saldo da conta "1.1.2.0005.00009 – América Trol", no valor de R\$ 3.075.543,97, que inclui o valor de R\$ 1.455.926,32 (base de cálculo do IOF) somente foi baixado na contabilidade em 28.06.2010 (fl. 1043), data final do cálculo da incidência do IOF utilizada pela autoridade lançadora.

Quanto à alegação de que faz prova o fato de as "mutuárias" Guarida Holding Participações Ltda e Goiabeiras Participações Ltda terem sido incorporadas pela América Trol Construtora e Incorporadora Ltda (atual Goiabeiras Empresa de Shopping Center Ltda), onde os valores apontados como "mútuos" destinaram-se a aumento de capital, esta também não merece acolhida, pois os valores a título de mútuo são de 2007 e 2008, mas a incorporação se deu em 17/08/2010 (e-fls. 1086 a 1091).

Acrescente-se que a Recorrente não compõe o quadro societário das empresas Goiabeiras Participações Ltda (CNPJ nº 02.435.637/0001-36) e Jáú SA Construtora e Incorporadora (CNPJ nº 61.156.741/0001-50). Então, não há como se falar em adiantamentos para futuro aumento de capital, se na época dos fatos, a autuada não fazia parte do quadro societário de seus mutuários.

Sobre o argumento de que a quantia tomada da Jáú Construtora e Incorporadora Ltda. foi assumida pela pessoa física do sócio do interessado, Sr. Renato Ferras de Camargo, e que, portanto, escaparia da incidência do IOF devido pela Recorrente, tem-se que no "Instrumento Particular de Assunção de Dívida e Outras Avenças", assinado em 31.01.2009 (fls. 925/928), o sócio assumiu a responsabilidade pelo pagamento integral da dívida de R\$ 77.000,00, representando tão somente a mudança da figura do "devedor", restando incólume a Recorrente como credora dos valores.

As contas objeto do auto de infração não eram representativas dos Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital. Pela análise destas contas constatam-se as rubricas "mútuo" e "empréstimo".

Logo, não estando demonstrado que os recursos repassados representavam realmente um pagamento antecipado para aquisição de ações ou quotas de capital, o aporte de recursos financeiros efetuados sistematicamente corresponde a uma operação de crédito correspondente a mútuo, nos exatos termos da configuração do fato gerador do IOF, previsto no art. 13 da Lei nº 9.779/99.

Multa qualificada de 150%

Estará o contribuinte no campo da ilicitude se o negócio jurídico for simulado ou se houver a ocorrência do disposto nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, ou seja, se as condutas esconderem, modificarem ou excluírem o fato jurídico-tributário, o que *in casu*, entendo que não foi demonstrado pela Fiscalização.

A fraude tributária é a violação intencional da norma jurídica tributária, sendo imprescindível a existência do dolo, que é a intenção de empregar expediente ardiloso para “mascarar” a ocorrência do fato jurídico-tributário.

Não basta a simples suspeita de fraude, é necessária a prova do intuito doloso aplicado com a finalidade de modificar as características essenciais do fato jurídico-tributário.

Eis que, no que tange às infrações tributárias, o dolo e a culpa não podem ser presumidos, devem sim ser provados:

Sendo assim, ao compor em linguagem o fato ilícito, além de referir os traços concretos que perfazem o resultado, a autoridade fiscal deve indicar o nexo entre a conduta do infrator e o efeito que provocou, ressaltando o elemento volitivo (dolo ou culpa, conforme o caso), justamente porque integram o vulto típico da infração. (CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 6.ed. São Paulo: Editora Noeses, 2015, p. 857).

E ainda sobre o papel da aplicação da multa qualificada:

É a espécie de multa que tem por conteúdo a agravação de penalidade em decorrência de dolo, fraude ou simulação na prática do ato jurídico tributário. É aplicada quando a Administração Pública demonstra, por elementos seguros de prova, no Auto de Infração, a existência da intenção do sujeito infrator de atuar com dolo, fraudar ou simular situação perante o Fisco. Para caracterizar a multa agravada, é necessário, outrossim, a existência de fato doloso, fraudulento ou simulado, devidamente provado, para se produzir a correta subsunção do fato infracional à norma autorizadora do agravamento da penalidade.

(CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 6.ed. São Paulo: Editora Noeses, 2015, p. 894).

Imperiosa a conclusão de que nestes autos não há provas do dolo deliberado, que justifique a aplicação da multa qualificada de 150%, uma vez que entendeu a Recorrente que a movimentação dos valores entre coligadas não seria fato gerador do IOF.

Nesse sentido, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, no Acórdão nº 9202-003.764, expressou:

MULTA QUALIFICADA. REQUISITOS. ASPECTO SUBJETIVO DO INFRATOR. Diferentemente da multa de ofício de 75%, que é objetiva, decorre do tipo (lei) e é imposta com culpa ou dolo, a multa qualificada de 150% necessita da aferição do aspecto subjetivo do infrator, consistente na vontade livre e consciente, deliberada e premeditada de praticar a conduta ou de assumir o risco da sonegação. (...) Acórdão nº 9202-003.764, julg. 16/02/2016.

Assim, entendo que a multa de 150% deve ser desqualificada, voltando ao patamar legal de 75%.

Juros de Mora - SELIC

Por fim, a obrigatoriedade de incidência da Taxa SELIC, a título de juros de mora, já foi normatizada por este Conselho:

Súmula CARF nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

Pelo exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário, para retirar a qualificação da multa, reduzindo seu patamar de 150% para 75%.

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora