



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

Processo n° 10120.731367/2012-16
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-003.019 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de abril de 2016
Matéria IOF
Recorrente GOIÁS CAMINHÕES E ÔNIBUS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2008, 2009

IOF. MÚTUO ENTRE EMPRESAS LIGADAS. CONTRATO DE CONTA CORRENTE COM ABERTURA DE CRÉDITO. INCIDÊNCIA.

As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas do mesmo grupo empresarial, através de contrato de conta corrente com abertura de crédito rotativo, sujeitam-se à tributação pelo IOF, nos termos do artigo 13 da Lei n. 9.779/99.

ÔNUS DA PROVA. DEFESA. FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS OU EXTINTIVOS.

Cabe à defesa a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão fazendária.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DAS CONDUTAS DE SONEGAÇÃO E FRAUDE FISCAIS. IMPOSSIBILIDADE.

É incabível a aplicação da multa de ofício qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento), prevista no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430, de 1996, se não provadas nos autos as condutas de sonegação e fraude tributárias.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de ofício ao patamar de 75%. Vencidos os Conselheiros Valdete Aparecida Marinheiro, Diego Diniz Ribeiro e Carlos Augusto Daniel

Neto, que deram provimento na íntegra. O Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto apresentou declaração de voto.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

(Assinado com certificado digital)

Thais De Laurentiis Galkowicz - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Jorge Freire, Valdete Aparecida Marinheiro, Waldir Navarro Bezerra, Thais De Laurentiis Galkowicz, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face da decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento (“DRJ”) do Rio de Janeiro/RJ, que julgou improcedente a impugnação apresentada pelo contribuinte sobre a cobrança de Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou Relativa a Títulos ou Valores Mobiliários (“IOF”), consubstanciada no auto de infração em questão. Tal autuação versa, em apertada síntese, sobre a concessão de empréstimos entre empresas do mesmo grupo, sem o respectivo recolhimento do IOF, no importe de R\$ 1.492.059,87, sobre os quais ainda incidem juros de mora e multa qualificada no percentual de 150%.

Por bem consolidar os fatos ocorridos até a decisão da DRJ, com riqueza de detalhes, colaciono os principais trechos do acórdão recorrido *in verbis*:

Em síntese, no termo de constatação fiscal consta que:

1) O sujeito passivo em epígrafe é parte integrante de grupo econômico, compreendendo, entre outras, as seguintes empresas:

a) Lessa Participações Ltda, CNPJ nº 01.632.675/0001-16;

b) Cardiesel Ltda, CNPJ nº 23.338.197/0001-79;

c) Uberlândia Caminhões e Ônibus Ltda, CNPJ nº 25.757.972/0001-56;

d) Autosete Veículos e Peças Ltda, CNPJ nº 24.988.594/0001-59;

e) Valadares Diesel Ltda, CNPJ nº 20.628.376/0001-52;

f) Vadiesel - Vale do Aço Diesel Ltda, CNPJ nº 23.949.811/0001-39; e

g) VDL Fomento Mercantil Ltda, CNPJ nº 64.359.136/0001-75

2) Dentro do grupo econômico, as empresas firmaram entre si

Instrumentos Particulares de Contrato de Abertura de Crédito em Conta Corrente, com as seguintes características relevantes:

a) prazo indeterminado de duração do contrato, permitida a rescisão unilateral mediante aviso com 30 dias de antecedência; e b) reciprocidade na concessão de crédito.

3) Encontrando-se uma empresa com dificuldade de caixa para honrar os compromissos, e havendo disponibilidade em outra empresa, esta quita a obrigação daquela. A ora atuada registrou o mútuo em conta do ativo nº 12010102 - CREDITOS DE COLIGADA E CONTROLADAS - e respectivas subcontas por cada empresa contratada.

4) Configurado o fato gerador de IOF, não foi encontrado pagamento, nem DCTF informando débito do respectivo imposto, nem Dcomp, nem parcelamento.

5) A ora atuada firmou contrato de abertura de crédito em conta corrente com as seguintes empresas do mesmo grupo econômico (fls. 121 a 165):

a) Uberlândia Caminhões e Ônibus Ltda, CNPJ nº 25.757.972/0001-56;

b) VDL Administração e Participações Ltda, CNPJ nº 70.949.888/0001-99;

c) Flávia Incorporadora de Imóveis Ltda, CNPJ nº 22.156.681/0001-14;

d) LGL Participações Ltda, CNPJ nº 01.636.429/0001-32;

e) Jota Lessa Participações Ltda, CNPJ nº 03.951.615/0001-91;

f) OVF Participações Ltda, CNPJ nº 01.631.392/0001 -50;

g) Horizonte Têxtil Ltda, CNPJ nº 00.492.142/0001-13;

h) Osaka Automóveis Ltda, CNPJ nº 02.702.798/0001-49;

i) Calisto Diesel de Veículos Ltda, CNPJ nº 18.406.991/0001-72;

j) Valadares Diesel Ltda, CNPJ nº 20.628.376/0001-52;

k) Londrina Caminhões e Ônibus Ltda, CNPJ nº 09.474.755/0001-00;

l) VDL Siderurgia Ltda, CNPJ nº 71.464.069/0001 -14;

m) Vadiesel - Vale do Aço Diesel Ltda, CNPJ nº 23.949.811/0001-39;

n) Lessa Administração e Participações Ltda, CNPJ nº 01.632.675/0001-16;

o) VDL Fomento Mercantil Ltda, CNPJ nº 64.359.136/0001-75;
e

p) *Cardoso Caminhões e Ônibus Ltda, CNPJ nº 05.089.351/0001-84.*

6) *Durante os anos-calendário 2008 e 2009, o sujeito passivo em epígrafe concedeu empréstimos a empresas do mesmo grupo econômico, registrando os fatos na conta nº 12010102 - CRÉDITOS DE COLIGADA E CONTROLADAS – e respectivas subcontas (fls. 176 a 325).*

7) *Por se tratar de empréstimos sem definição de prazo e de valor, a base de cálculo do IOF é o saldo devedor diário, inclusive nos dias não úteis, apurado mensalmente; a base de cálculo do adicional de IOF é o acréscimo diário do saldo devedor, também apurado mensalmente.*

APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

8) *Pelos arquivos dos registros contábeis referentes ao ano-calendário de 2008, entregues pela contribuinte em atendimento à intimação e os registros contábeis obtidos diretamente do Sped, com relação ao ano-calendário de 2009 verificou-se que empréstimos concedidos a empresas do mesmo grupo econômico foram lançados na conta nº 12010102 –CRÉDITO DE COLIGADA E CONTROLADAS – e respectivas subcontas (fls. 176 a 325)*

9) *Com relação à documentação comprobatória das operações de empréstimo realizadas, o sujeito passivo restringiu-se a apresentar os contratos de abertura de crédito em conta corrente, firmados com as demais pessoas jurídicas (fls. 121 a 165). No tocante à justificativa para falta de recolhimento do IOF, nada respondeu.*

10) *Por se tratar de empréstimos sem definição de prazo e de valor, a base de cálculo do IOF é o saldo devedor diário, inclusive nos dias não úteis, apurado mensalmente; a base de cálculo do adicional de IOF é o acréscimo diário do saldo devedor, também apurado mensalmente.*

11) *A partir do arquivo em meio magnético dos registros contábeis, segregamos as contas de mútuo, extraímos o balancete (fls. 176 e 234), reconstituímos o Razão de cada conta (fls. 177 a 325), e consolidamos os respectivos saldos diários (fls. 337 a 570). A partir de então, apuramos a somatória mensal dos saldos devedores diários, bem como os acréscimos diários dos saldos devedores. Aplicamos as respectivas alíquotas e chegamos aos valores originários do imposto devido, conforme Demonstrativo de Apuração do IOF (fls. 571 a 586).*

REPRESENTAÇÃO PARA FINS PENAIS E QUALIFICAÇÃO DA MULTA.

12) *O sujeito passivo praticou o fato gerador do IOF durante todos os períodos mensais de apuração dos anos-calendário 2008 e 2009 e omitiu reiteradamente não só a informação em DCTF (fls. 335 e 336), mas também o recolhimento do imposto.*

13) *Tendo em vista que a manutenção da conduta, por longo período de tempo, exterioriza o dolo - a inequívoca vontade de*

fuga ao pagamento de imposto devido foi aplicada a multa de ofício qualificada (150%).

A qualificação da multa teve por base os artigos 44,§1 da Lei nº 9430/96; arts. 71 e 72 da Lei nº 4.502/64, art. 1º, I e II da Lei nº 4.729/65; art. 1º, I e II e art. 2º, I da Lei 8.137/90.

*A contribuinte foi cientificada pessoalmente em 23/11/2012 conforme fls. 607 e, irresignada, apresentou **impugnação** em 21/12/2012 (fls. 615/629) contendo, em síntese, as seguintes argumentações/requisições:*

a) Conforme se depreende no item 3 do TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL, o trabalho fiscal tomou como base para a apuração do IOF valores constantes dos registros contábeis da Impugnante, os quais, segundo o agente lançador, estariam diretamente vinculados aos Instrumentos Particulares de Abertura de Crédito em Conta Corrente celebrados entre a Impugnante e outras empresas do mesmo Grupo Econômico.;

b) Neste particular, a fiscalização optou por enquadrar como mútuo toda a movimentação financeira entre a Impugnante e demais pessoas ligadas, ainda que a natureza da operação fosse diversa;

c) Significa dizer que o agente lançador adotou um critério de mensuração do crédito tributário de todo equivocado e incoerente, na medida em que tributou aleatoriamente diversos valores sem ao menos ter aprofundado seus trabalhos de modo a caracterizá-los como vinculados a um efetivo contrato de mútuo, em que pese a impugnante ter colocado a sua disposição todos os elementos de sua escrita fiscal/contábil solicitados durante o procedimento de fiscalização.

d) Portanto, se denota a incerteza da fiscalização quanto à exatidão da matéria tributável, pelo que, conseqüentemente, torna-se evidente que a mesma se utilizou, frise-se, incorretamente, da presunção, para fins de validar o lançamento tributário sobre valores que não seriam passíveis de incidência do IOF.

e) Isto porque, pelo exame dos valores discriminados nos Demonstrativos elaborados pela autoridade lançadora, não se torna possível verificar se ali foram incluídos, por exemplo, valores que poderão se referir a rubricas diversas, até mesmo a simples transferências entre contas correntes, ainda mais se levado em consideração o fato de que as operações fiscalizadas foram realizadas entre empresas ligadas, hipótese esta reconhecida pelo próprio agente lançador.

f) Sem qualquer dúvida, a utilização exclusiva nos Demonstrativos elaborados pela fiscalização da expressão "acréscimos" é bastante genérica, não permitindo a devida individualização/discriminação que um efetivo trabalho fiscal deveria ensejar.

g) O Conselho de Contribuintes ao examinar casos em que a Administração Fiscal pretendeu efetuar lançamentos tributários com base em fatos que não guardam estreita relação com o fato gerador que se desejava provar, ou em indícios e presunções destituídos de gravidade, precisão e coerência, sempre foi uníssono em cancelar tais lançamentos. Para tanto, afirma aquele Egrégio Conselho que meros indícios não sustentam legitimamente uma autuação fiscal (...)

h) Por esta razão, pela simples análise do DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO IOF elaborado pela fiscalização, claramente se constata a imprecisão do trabalho fiscal quanto à exatidão da matéria tributável, pelo que, conseqüentemente, torna-se evidente que o agente lançador se utilizou, frise-se, incorretamente e exclusivamente de critério sem respaldo na legislação e na jurisprudência acerca da matéria.

i) Mas não é só. O enquadramento legal constante da peça de lançamento, embora genérico, contempla a exigência com fulcro no artigo 3º, do Decreto nº 6.306/2007, que pela descrição de atos jurídicos entre empresas e/ou pessoas físicas, evidentemente está enquadrado no inciso III, do parágrafo 3o, que assim dispõe: (...)

j) De pronto, verifica-se que o dispositivo supra se refere apenas às operações de mútuo.

k) Ora a própria fiscalização **efetivamente reconhece que os contratos celebrados pela Impugnante se deram na modalidade de conta corrente**, o que ratifica o seu equívoco ao utilizar de enquadramento legal aplicável em hipótese diversa, ou seja, para os casos de contratos de mútuo.

l) Segundo a definição da Enciclopédia Saraiva do Direito (pg. 264, Volume 19), a conta corrente é um contrato bilateral, gerando obrigações para ambas as partes que nele figuram, o que é distinto do mútuo que se configura como um contrato unilateral.

m) Logo, no caso em tela, as operações pactuadas entre a Impugnante e as empresas ligadas foram formalizadas através de INSTRUMENTOS PARTICULARES DE CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE, e não operações de mútuo como incorretamente qualificadas pela fiscalização.

n) A jurisprudência pacífica da Câmara Superior de Recursos Fiscais é contrária ao critério adotado pelo agente lançador nestes autos, veja-se (...)." (CSRF 01-05.472)

o) Percebe-se, portanto, que o suporte do lançamento quedou inteiramente assentado em um procedimento carente de fundamentação, visto que pautado em premissa de todo equivocada, ao qualificar como "mútuo", operações que em verdade correspondem a "conta corrente".

p) Deste modo, o auto de infração foi lavrado com base em entendimento subjetivo do fisco, carente de previsão legal, ainda mais se levado em consideração que, no caso da Impugnante,

não efetuado um correto exame dos elementos de prova por ela apresentados à fiscalização, o que acarreta em sua flagrante nulidade em virtude da violação aos princípios básicos que regem o Processo Administrativo Fiscal, dentre eles o da busca pela verdade material dos fatos, ou mesmo em sua improcedência, face à utilização de fundamentação inadequada ao caso examinado.

DA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA A APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA.

q) ainda que se admitisse, para fins de argumentação, a procedência do lançamento do crédito tributário principal em discussão, a penalidade aplicada apenas seria cabível se comprovado o evidente intuito de fraude descrito nas normas acima. Sem qualquer dos três elementos (evidência do fato, o intuito e a fraude), não há que se falar em aplicação de multa qualificada.

r) A fraude, como bem explicou Marco Aurélio Greco, é uma conduta típica prevista em lei e exige que exista, por parte do seu autor, a intenção de praticar ato que sabe ilícito. O contribuinte que atua com a intenção de fraudar, seja a fiscalização seja o Erário Público, tem o propósito específico de reduzir ou suprimir tributo mediante conduta ilícita, o que não restou comprovado ter sido praticado pela Impugnante.

s) Portanto, não se pode aplicar a multa agravada de 150% se não se verificar no caso concreto o evidente intuito do contribuinte de cometer ato ilícito. Na acepção jurídica, que é a que aqui se busca, intuito, segundo De Plácido e Silva, é: "O que se quer, o que se deseja, o que se tem em vista, quando se faz alguma coisa. É o fim desejado, o objetivo pensado, ou o resultado querido. É a finalidade que se tem em mente, quando se pratica o ato ou se executa qualquer coisa." (in "Vocabulário Jurídico", vol. II, 8o . Ed., Rio de Janeiro: Forense, l.984. p. 51)*

t) O intuito a que se refere o legislador da Lei nº 4. 502/64 é o dolo, a vontade que tem o agente de realizar a conduta ilícita. Compreende o dolo dois elementos: um elemento cognitivo (conhecimento do fato que constitui a ação típica - fraude, no caso) e um elemento volitivo (vontade de realizá-la), sendo que em nenhuma destas hipóteses se enquadram as operações realizadas pela Impugnante e examinadas nestes autos.

u) Os órgãos julgadores administrativos sempre reservaram a multa agravada de 150% apenas para casos em que haja a tentativa de enganar, esconder, iludir, como, por exemplo: emissão de "notas calçadas" (Ac. 105-2.984); conta bancária fictícia (Ac. 103-12.178); apresentação de documentos falsos (Ac. 103-18.019); falsidade ideológica (Ac. CSRF/01- 0.351); utilização de notas emitidas por empresa inexistente (Ac. 107-233); reiterado oferecimento à tributação de parcela ínfima dos rendimentos (Ac. 101-94.111); subfaturamento (Ac. 1076.041).

Sobreveio então o Acórdão n. 12-69.129, da 6ª Turma da DRJ/RJ, negando provimento à impugnação do contribuinte, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

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

Ano-calendário: 2008, 2009

CONTA CORRENTE ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. MÚTUO. FATO GERADOR DE IOF

Os saldos devedores em conta-corrente registrada no ativo daquele que concede os recursos são mútuos, sendo fato gerador do IOF que incidirá sobre o somatório mensal dos saldos devedores diários e do seu adicional calculado sobre o somatório dos acréscimos ao saldo devedor.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

A intenção em retardar o conhecimento da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador enseja a qualificação da multa de ofício.

Irresignado, o contribuinte recorre a este Conselho, por meio de peça recursal de fls. 679/723, repisando os argumentos trazidos quando da sua impugnação ao lançamento tributário.

É o relatório.

Voto

Conselheira Relatora Thais De Laurentiis Galkowicz

O Contribuinte teve ciência do Acórdão proferido pela DRJ em 27/10/2014, conforme AR de fls. 677 e apresentou em 19/11/2014 o recurso voluntário de fls. 679/723, conforme artigo 33 do Decreto n. 70.235/72. Assim, o recurso é tempestivo, cumpre os demais requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

Passo, então, à análise dos argumentos apresentados pela Recorrente, na mesma ordem em que elencados em sua peça dirigida ao CARF.

1. NULIDADE DO LANÇAMENTO EM VIRTUDE DA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

A Recorrente brada pela decretação de nulidade do lançamento tributário, uma vez que teriam ocorrido, no presente caso, os seguintes vícios: *i)* a fiscalização efetuou o lançamento sem uma prudente análise da escrita contábil e fiscal do contribuinte; *ii)* não foi verificado se o fato gerador do tributo efetivamente ocorreu; *iii)* a fiscalização baseou-se tão somente em indícios; *iv)* o lançamento deve ser preciso, sem deixar qualquer margem de dúvida, sob pena de furtrar o contribuinte do pleno contraditório e ampla defesa, o que não ocorreu.

Sem razão a Recorrente, que não trouxe qualquer demonstração de todos os vícios que genericamente imputa ao trabalho da fiscalização. Quais valores foram “aleatoriamente” tributados? Em que parte o trabalho foi “incerto”? Ou seja, afirma existirem

supostos erros e nulidades, mas nem mesmo tenta demonstrá-los. O contribuinte, portanto, não logrou êxito nesse processo de provar fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão fazendária, nos termos do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, do art. 36, da Lei nº 9.784/99 e do artigo 333 do Código de Processo Civil.

De outro lado, analisando o TVF e o Demonstrativo de Apuração do IOF, verifico que a fiscalização se baseou nos documentos fiscais apresentados pelo próprio contribuinte (livros, contratos, etc.), deixando claro o entendimento de por que considerou ocorrido o fato gerador do IOF, sem o respectivo pagamento. Também foi bastante específico quanto ao método de apuração da base de cálculo, ao estipular que:

Em 12/07/2012, o sujeito passivo apresentou resposta ao termo de início, anexando arquivo dos registros contábeis referentes ao ano-calendário 2008, autenticado pelo código geral 48b117f1-a5080ec9-152b7b4a-df1473f2 (fls. 166 a 175 - item 1 do Termo de Início e do Termo de Apresentação de Documentos).

Os registros contábeis do ano-calendário 2009 foram obtidos diretamente do Sped, mediante requisição a53a7475-4a72-4a35-a372-6e57eab042a7, lavrada em 26/06/2012 (fls. 95 e 96).

No exame da contabilidade, verificamos que o sujeito passivo lançou os empréstimos concedidos a empresas do mesmo grupo econômico, na conta nº 12010102 – CREDITOS DE COLIGADA E CONTROLADAS – e respectivas subcontas (fls. 176 a 325). (...)

A partir do arquivo em meio magnético dos registros contábeis, segregamos as contas de mútuo, extraímos o balancete (fls. 176 e 234), reconstituímos o Razão de cada conta (fls. 177 a 325), e consolidamos os respectivos saldos diários (fls. 337 a 570). A partir de então, apuramos a somatória mensal dos saldos devedores diários, bem como os acréscimos diários dos saldos devedores. Aplicamos as respectivas alíquotas e chegamos aos valores originários do imposto devido, conforme Demonstrativo de Apuração do IOF (fls. 571 a 586).

A DRJ, a seu turno, também analisou essas mesmas alegações apresentadas pelo Contribuinte e, ao efetuar a contraposição entre os documentos acostados aos autos e a metodologia citada pela fiscalização, demonstrou que é hialino o lançamento tributário quanto à apuração do crédito tributário devido, não havendo espaço para se falar imprecisão da autuação fiscal.

Assim, afasto as preliminares de nulidade apresentadas pela Recorrente.

2. MÉRITO: IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO

A Recorrente afirma que não ocorreu o fato gerador do IOF *in casu*. Isto porque os valores vinculados aos Instrumentos Particulares de Abertura de Crédito em Conta Corrente, firmados entre ela e as demais pessoas jurídicas do grupo econômico em que está inserida, no seu sentir, não se enquadram na hipótese de incidência traçada pela legislação para

o referido imposto, o mútuo, capaz de lhe atribuir a condição de responsável pelo pagamento do IOF.

Vejamos a legislação sobre o fato gerador do IOF, utilizada como fundamento da autuação fiscal:¹

Artigo 13 da Lei n. 9.779/99:

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

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

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

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

Artigos 2º, inciso I, alínea “a” e 3º, §3º, inciso III, do Decreto n. 6.306/2007:

Art. 2º O IOF incide sobre:

I - operações de crédito realizadas:

a) por instituições financeiras;

b) por empresas que exercem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring) (Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 15, § 1o, inciso III, alínea “d”, e Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 58);

c) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física

Art. 3º O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado (...)

¹ Fato gerador: Lei nº 9.779/99, art. 13. Decreto nº 6.306/2007, art. 2º inciso I, alínea "c", art. 3º § 1º inciso I, § 3º incisos I e III.

Responsabilidade pela retenção e recolhimento: Lei nº 9.779/99, art. 13, § 2º. Decreto nº 6.306/2007 art. 5º inciso III.

Base de Cálculo: Decreto nº 6.306/2007 art. 7º inciso I alínea "a"; adicional: §§ 15 e 16.

Aliquota: Lei nº 8.894/94 art. 1º parágrafo único. Decreto 6.306/2007 art. 7º inciso I alínea "a" número 1.

Adicional: Decreto 6.306/2007 art. 7º § 15º. DE LAURENTIIS GALKOWICZ, Assinado digitalmente em 2

0/05/2016 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 12/05/2016 por THAIS DE LAURENTIIS GAL

KOWICZ, Assinado digitalmente em 13/05/2016 por CARLOS AUGUSTO DANIEL NETO

Impresso em 31/05/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

I - empréstimo sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito e desconto de títulos;

II - alienação, à empresa que exercer as atividades de factoring, de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo

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

Diante dos supratranscritos mandamentos legais, a Recorrente afirma que os contratos que levaram ao lançamento tributário são contratos de conta-corrente, cujo objeto é a centralização de caixas das empresas, com gestão unificada das disponibilidades, e não de mútuo. Assim, ao tributar tais valores pelo IOF, que só incide sobre os contratos de mútuo (contrato somente firmado com instituições financeiras, no seu entender), a Fiscalização estaria infringindo o princípio da legalidade, bem como indo na contramão do artigo 110 do CTN, haja vista que as partes têm liberdade de efetuar contratos atípicos (artigo 104 CC).

A diferenciação entre contrato de mútuo e contrato de conta corrente de fato existe e é imprescindível para a aferição da legalidade das autuações fiscais para cobrança de IOF como a presente, tendo em vista os mandamentos dos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional.²

Porém, antes de entrar na minúcia das distinções entre os contratos em questão, vejamos as cláusulas do contrato firmado entre a Recorrente e uma das empresas do grupo econômico, que se encontra replicado, nos mesmíssimos termos, com relação a diversas outras empresas do mesmo grupo (fls. 121 a 165):

*INSTRUMENTO PARTICULAR DE ABERTURA DE CRÉDITO
EM CONTA CORRENTE*

(...)

CLÁUSULA PRIMEIRA: As partes abrem às outras crédito em Conta Corrente em montante equivalente a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) respeitadas, sempre as disponibilidades positivas de caixa da parte contratante que figurar como mutuante.

Parágrafo único: As importâncias liberadas por conta do crédito ora aberto, serão contabilizadas em conta corrente especial, a qual registrará também as restituições parciais ou totais, as reutilizações e a atualização adiante contratada, de modo que

² Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias

todas as movimentações sejam contabilizadas na aludida conta corrente.

CLÁUSULA SEGUNDA: É indeterminado o prazo de duração do presente contrato, podendo, todavia, ser rescindido por qualquer uma das partes contratantes mediante aviso nesse sentido com 30 (trinta) dias de antecedência.

Parágrafo primeiro: vencido o prazo do aviso a parte contratante que tiver promovido a rescisão, liquidará o saldo devedor que porventura apresentar junto à outra parte contratante.

Parágrafo segundo: o não cumprimento do disposto no parágrafo anterior implicará em juros moratórios de 1% (hum por cento) ao mês e multa de 20% (vinte por cento), calculada sobre o montante atualizado pela UFIR.

Pela leitura do título, bem como das cláusulas estipuladas no instrumento legal, constata-se que não se trata de simples contrato de conta corrente, mas sim “contrato de **abertura de crédito** em conta corrente”, o que faz toda a diferença para fins da tributação pelo IOF, como será demonstrado abaixo. Dessarte, temos um terceiro instituto a ser analisado para a solução do presente caso, a *abertura de crédito*, em contraposição ao *contrato de conta corrente* e ao *contrato de mútuo*.

Pois bem. Enquanto nos *contratos de conta corrente* (artigo 4º, §2º, b, da Lei n. 7.357/1985 – “Lei do Cheque”) as partes acordam efetuar remessas recíprocas de valores oriundos de quaisquer espécies de negócios jurídicos, com o que se objetiva a compensação entre créditos e débitos das partes, para, ao final do prazo contratual, verificar-se a existência de saldo exigível; na *abertura de crédito* – a qual pode ser paralela ao contrato de conta corrente –, a parte assume a responsabilidade por eventual saque da outra parte, até certo montante previamente pactuado, exatamente como ocorre no contrato em questão (abertura de crédito de R\$ 500.000,00). Nesse sentido, e já alcançando o estudo sobre a natureza dessas espécies de contrato realizado pela doutrina nacional, destaco a lição de Caio Mario da Silva Pereira:³

Além das modalidades comuns de empréstimo por descontos de títulos à ordem, adquiriram grande incremento o contrato de financiamento, a abertura de crédito e a conta corrente. (...) Na abertura de crédito, o banco compromete-se a acatar saques do devedor, até um montante estipulado como limite do crédito aberto, sujeitando-se o mutuário ao pagamento e uma comissão percentual calculada sobre aquele limite, além dos juros computados sobre o débito efetivo.(...) Levando em consideração a concepção tradicional do mútuo como contrato real, a abertura de crédito é um contrato preliminar, promessa de mutuar, que se converte automaticamente em mútuo com o lançamento da quantia a crédito na conta do mutuário independentemente de tê-la sacado ou usado, bastando que fique ali à sua disposição. (...)

Na conta corrente (que pode combinar com a abertura do crédito), as partes ajustam um movimento de débito e crédito, por lançamentos em conta, e podem estipular que os saldos

credores, para um ou para outro, vencerão juros. (...) A maior utilidade da conta corrente é produzir a compensação de créditos e débitos, dispensando reciprocamente os pagamentos diretos. (grifei)

Com relação ao crédito rotativo, utilizado nos contratos entre a Recorrente e as demais empresas de seu grupo, a Professora Vera Helena de Melo Franco⁴ coloca que

São linhas de crédito abertas com um determinado limite e que são utilizadas pelas empresas na medida de suas necessidades, ou mediante a apresentação de garantias.

Pois bem. Apresentada a distinção inicial entre contrato de *conta corrente* e contrato de *abertura de crédito* – e sabendo que os instrumentos firmados entre a Recorrente e os integrantes de seu grupo econômico constitui o pacto integrado de ambas as espécies contratuais, o que é absolutamente corriqueiro no mundo empresarial, em que os agentes econômicos têm a liberdade de contratar em um só instrumento contratual diversas operações previstas na legislação civil como negócios jurídicos típicos –, já é possível concluir que as alegações do Recurso Voluntário, no afã de caracterizar o contrato como simples contrato de conta corrente, não merece guarida, justamente porque se trata, em verdade, de contrato de conta corrente com abertura de crédito.

Insisto na citada distinção, pois, juridicamente, os *contratos de abertura de crédito* – contratos tipicamente bancários que passaram a ser utilizados fora das instituições financeiras, mas trazendo consigo as características que lhe são próprias naquela seara – nada mais são do que *promessas de mútuo*, como colocado no trecho acima, da obra de Caio Mario da Silva Pereira, e como também precisamente sintetiza Eduardo Salomão Neto:⁵

“O mero acordo de vontades entre as partes sobre o empréstimo não é suficiente para a formação do contrato de mútuo. Tal acordo é apenas promessa de mútuo, que recebe o nome de “abertura de crédito” na atividade bancária e tem o tratamento de contrato preliminar (artigos 462 a 466 do Código Civil. (...)

Por meio do contrato de abertura de crédito, uma parte, dita creditante, compromete-se a desembolsar recursos em favor de outra, designada creditada, gerando os desembolsos de crédito sujeito a remuneração financeira a ser paga em favor do creditante. (...)

Não nos parece que o negócio de abertura de crédito possa se traduzir em outra prestação para o financiador que não o mútuo. (...) *Visto o contrato preliminar como uma obrigação de fazer, que obriga apenas à celebração de outro contrato, parece ser figura que abrange perfeitamente a abertura de crédito. (...) Ainda com tudo isto, o melhor argumento a favor desta teoria nos parece vir do fato de que, considerado os futuros desembolsos o momento inicial da celebração do contrato de mútuo, aplica-se à relação de crédito que venha a aparecer o regime jurídico do mútuo. Tal regime (bem como as adições a ele) foi elaborado com vistas ao equilíbrio das relações entre*

⁴ FRANCO, Vera Helena de Melo. Contratos – Direito Civil e Empresarial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 3ª ed, p. 158

pelo IOF. Vale destacar o trecho do voto do Ministro Relator Mauro Campbell Marques, bem como a ementa atribuída ao Recurso Especial n. 1.239.101 – RJ:

“Com efeito, o que a lei caracteriza como fato gerador do IOF é a ocorrência de ‘operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas’ e não a específica operação de mútuo. (...)”

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 ser alcançadas pela 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.

O contrato de abertura de crédito que a recorrente celebra estabelece que a controladora disponibiliza créditos às controladas, que poderão utilizá-los total ou parcialmente. A remuneração do capital emprestado são os juros sobre o capital da controladora disponibilizado às controladas.

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”

Ementa: TRIBUTÁRIO. IOF. TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO CORRESPONDENTES A MÚTUA 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. Recurso especial não provido. (grifei)

De tudo isso, percebe-se que o problema a ser enfrentado não se esgota na discussão de existir ou não um contrato de conta corrente – com as características que lhe são particulares, tão bem desenvolvidas pela doutrina jurídica – entre a Recorrente e as demais empresas do grupo econômico. Sobre a impossibilidade de o IOF incidir indiscriminadamente sobre toda e qualquer transação abrigada pelo contrato de conta corrente, não há dúvida. A questão palpitante é, isto sim, o fato de a conta corrente ser utilizada para a concretização de empréstimos entre as empresas (pela abertura de crédito, por exemplo), o famigerado mútuo,

“empréstimo de coisas fungíveis” no qual “o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade” (artigo 586 do Código Civil). Sobre a qualificação do mútuo, ressalto que o prazo pode ser livremente estipulado pelas partes, e que, como se trata de grupo empresarial, não há necessidade de estabelecimento de juros sobre os valores emprestados (artigos 591 e 592 do Código Civil).¹⁰

Nesse sentido, com a precisão com que sempre proferiu seus votos, o Conselheiro Natanael Martins, depois de acurada explanação sobre a natureza do contrato de conta corrente na doutrina de Fran Martins,¹¹ Carvalho de Mendonça,¹² Pontes de Miranda¹³, conclui justamente sobre a indispensabilidade de verificação dos negócios jurídicos operados através da conta corrente:

*IRPJ CORREÇÃO MONETÁRIA ART. 21 DO DL. 2.065/83
CONTA CORRENTE ENTRE EMPRESAS CARACTERIZAÇÃO
COMO MÚTUO IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO*

O mútuo, a teor do disposto no artigo 1256 do Código Civil, pressupõe o empréstimo de coisas fungíveis, não se caracterizando como tal a figura do contrato de conta corrente.

(...)

Assim, não teria o contrato de conta corrente o condão de modificar a causa jurídica das remessas individualmente consideradas, ocorrendo, apenas, espécie de paralisação de sua exigibilidade, ao menos até o encerramento da conta.

O Conselho de Contribuintes, em reiterados acórdãos, tem exarado o entendimento de que o conta-corrente e o mútuo são institutos jurídicos distintos, de modo que, casuisticamente, deve ser avaliada a origem das remessas que integram a conta-corrente para que se possa discernir sua real natureza.

Ocorre que, como já se disse, o contrato de conta corrente é, na verdade, contrato normativo, destinado a regular, apenas e tão

¹⁰ Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Art. 592. Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será:

I - até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para sementeira;

II - de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro;

III - do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível

¹¹ " (...) é o contrato segundo o qual duas pessoas convencionam fazer remessas recíprocas de valores - sejam bens, títulos ou dinheiro - anotando os créditos daí resultantes em uma conta para posterior verificação do saldo exigível, mediante balanço" (Contratos e Obrigações Comerciais, Ed Forense, 14ª Edição, p. 397 e seguintes)

¹² "a) O contrato de conta corrente 'supõe uma série de operações sucessivas e recíprocas entre as partes'. Essas operações não se liquidam imediatamente e sim são anotadas nas contas, como partidas de débito e crédito. Ao final do prazo convencionado, ou no fim de um ano, se não houver período estabelecido, somam-se as partidas de débito e as de crédito, verificando-se o saldo. Esse será o resultado da diferença entre os débitos e os créditos.

b) (..)

c) Durante a vigência da conta corrente não pode um dos correntistas julgar-se credor ou devedor, pois essa averiguação só se obterá no momento do encerramento da conta. As remessas constituem uma massa homogênea cujo resultado só será reconhecido pelas partes ao fazer-se o balanço para a verificação final

d) As remessas de cada correntista, perdendo a sua individualidade, unificam-se na massa de débitos e de créditos, não podendo, assim, dar causa a ação particular sobre elas, nem ser objeto de execução."

¹³ "Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado (Ed. BookSeller, § 4.615 e seguintes), ressalta a normatividade do contrato de conta corrente, haja vista

que se destina a regular o tratamento a ser conferido a remessas, de diversas origens, efetuadas entre as partes contratantes!" (trecho retirado do próprio voto citado)

somente, o tratamento a ser dado a cada uma das remessas, não interferindo em suas respectivas causas.

Nesse contexto, **um contrato de conta corrente poderia, entre suas remessas, conter adiantamentos ou reembolsos de despesas, dívidas ou adiantamentos comerciais, remessas para gestão unificada de caixa e, até mesmo, mútuos, sem que, pelo fato de serem escrituradas em conta corrente se desvinculassem de suas origens.**

In casu, resta comprovado que o contrato de conta corrente compreende remessas decorrentes de duplicatas recebidas pela interligada em nome da Recorrente, como também despesas a pagar pela Recorrente à interligada, liquidando-se o saldo apurado ao final de cada mês.

Ou seja, os valores lançados na conta corrente em análise não caracterizam contra to de mútuo, de modo que não se deve pretender seja aplicado à hipótese o Decreto-Lei nº 2.065/83."

Corroborando esse entendimento, confira-se a ementa do Acórdão nº 101-80.803, da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

"IRPJ — Negócios de mútuo. A conta-corrente relativa a operações entre coligadas, interligadas, controladoras e controladas, não é, em si mesma, bastante para caracterizar negócio de mútuo. Há que se investigar a natureza jurídica de cada operação objeto do lançamento, separando aquelas que realmente espelhem mútuo."

(Recurso nº 132.337, Sétima Câmara, Acórdão nº 10706.903, Rei. Natanael Martins)

Ainda sobre a importância da aferição da natureza das transações para fins de solução de casos como este, registro o trecho do voto do Conselheiro José Fernandes do Nascimento no Acórdão n. 3102-002.318:

É indubitável que o contrato de conta corrente e de mútuo são distintos, porém, a meu ver, esta não é questão relevante para o deslinde da controvérsia, mas sim a natureza das transações financeiras que a recorrente realizou com as demais empresas do grupo, isto é, se tais operações representavam, na essência, uma operação de mútuo financeiro ou uma mera operação de conta corrente.

Ratificando tudo quanto exposto, a doutrina especializada de Antônio da Silva Cabral¹⁴ traz a seguinte lição da obra de Pontes de Miranda:

**"5.6 – MÚTUO E CONTRATO DE CONTA CORRENTE
PONTES DE MIRANDA (Tratado, cit., LXII, pág. 120)**

‘Os negócios jurídicos de que resultam os créditos e os débitos são estranhos à conta corrente, que a eles apenas se refere, para os submeter à escrituração específica.’

Este é um aspecto para o qual tanto o Fisco quanto os contribuintes não vêm atentando, querendo aquele se computem juros e correção monetária sobre quantias escrituradas em conta corrente só porque estão em conta corrente, como se esta conta representasse um mútuo em si mesmo. Esquecem-se de que o importante é a análise do negócio jurídico que deu motivo ao lançamento em conta corrente.

É um erro, freqüentemente encontrado na escrituração de empresas e em atos normativos do Fisco, encarar-se a conta corrente como se esta representasse uma dação recíproca de empréstimo, quando o importante seria analisarem-se os negócios jurídicos que motivaram os débitos ou créditos em conta corrente. Nem há que se calcular correção monetária e juros sobre determinada quantia escriturada em conta corrente justamente porque, enquanto existir a conta corrente nenhum dos contratantes poderá exigir a obrigação do outro. Tal só ocorrerá quando a conta corrente for fechada. O que é exigível é, repita-se, o saldo da conta corrente.

In casu, existe a operação de crédito correspondente a mútuo pela abertura de crédito entre os contratantes, que gerou a disponibilidade de recursos para as empresas relacionadas à Recorrente, a qual, portanto, configura como responsável tributária pelo recolhimento do IOF (artigo 5º, inciso III do Decreto n. 6.306/2007). Esse foi o negócio jurídico que gerou os débitos e créditos contabilizados na conta corrente contábil da Recorrente e é tal negócio jurídico – e não a conta corrente contratual em si – que determina a existência de operação de crédito correspondente ao mútuo. Outrossim, o presente lançamento tributário não aplica as alíquotas do IOF sobre o total contratado como abertura do crédito em conta corrente, mas sim sobre o saldo da conta corrente, que é o *quantum* exigível, nos precisos termos delimitados pela mais abalizada doutrina e pela legislação do IOF.

É preciso reiterar que a Recorrente não logrou êxito em comprovar que quaisquer dos lançamentos no livro razão, empréstimos a ensejar a cobrança de IOF em consonância com as disposições dos contratos entre as empresas do grupo, não o são. Assim não deu motivo para solicitação de qualquer diligência ou perícia para uma eventual discriminação dos lançamentos contábeis, verificando sua origem e natureza jurídica. Cabe a defesa o ônus da prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão fazendária, como já destacado alhures.

Fica assim claro porque não se pode utilizar a *ratio* firmada pelo CARF no Acórdão n. 340200.472 no presente caso. Lá julgou-se inexistir mútuo em contrato de conta corrente em que havia adiantamento de recursos a fornecedor de serviços regularmente contratado, a ser quitado por meio da execução de serviço. O mesmo se diga em relação ao Acórdão n. 01-05.472, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, que analisou contrato de conta corrente cujos saldos eram compostos por valores de cobrança de duplicatas sacadas pela empresa, decorrentes da prestação de serviços comuns às empresas ligadas.

Na realidade, a jurisprudência do CARF vem caminhando no sentido aqui descrito a respeito da incidência de IOF sobre as operações de mútuo ocorridas através de conta corrente (Acórdão n. 3403003.415/Processo n. 16682.720582/2012-02; Acórdão n.

3301-002.282 – Processo n. 16682.721207/2011-91; Acórdão n. 3301-001.520 – Processo n. 10680.016007/2008-51; Acórdão n. 3402-00270 – Processo n. 10920.000809/2007-98; Acórdão n. 204-02386 – Processo n. 10675.003563/2002-41; Acórdão n. 3302-000.616 – Processo n. 10980.002141/2007-17), da qual destaco em especial a ementa do Acórdão n. 3302-002.264, de 20 de agosto de 2013 (Processo n. 10480.722140/2010-11).

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

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2006

AUTO DE INFRAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE.

Além de não se enquadrar nas causas enumeradas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, é incabível falar em nulidade do lançamento quando atendeu às disposições do art. 10 do citado decreto e não houve transgressão alguma ao devido processo legal. MULTA DE OFÍCIO. SUCESSÃO. APLICAÇÃO. Cabível a imputação da multa de ofício à sucessora, por infração cometida pela sucedida, quando provado que as sociedades estavam sob controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico.

CONSTITUCIONALIDADE. LEIS. Não cabe à autoridade administrativa julgar os atos legais quanto ao aspecto de sua constitucionalidade por transbordar os limites de sua competência. À ela cabe dar cumprimento ao ordenamento jurídico vigente.

MÚTUO, SEM PRAZO, DE RECURSOS FINANCEIROS POR MEIO DE CONTA CORRENTE. BASE DE CÁLCULO. Nas operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas, sem prazo, realizado por meio de conta-corrente, a base de cálculo do IOF é o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês

LANÇAMENTO. REGISTROS CONTÁBEIS. ALEGAÇÃO DE ERROS NA CONTABILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO.

Tendo sido o lançamento fundamentado nos registros contábeis da autuada, cabe a esta comprovar a inexatidão destes registros, e, quando não logra fazê-lo, deve ser mantida a autuação.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGITIMIDADE. É legítima a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa Selic.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa de ofício, nos moldes da legislação que a instituiu.

Recurso Voluntário Negado

Por fim, saliento que o voto vencedor do Conselheiro Luiz Roberto Domingo, no Acórdão n.º 3101-001.094, citado pela Recorrente como fundamento para seu

Assim, a simples ausência de recolhimento não pode ser entendida como motivo para qualificação da multa. Ao caso se aplica, isto sim, o que dispõe o artigo 44, inciso I, da Lei n. 9.430/96:

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

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

Concluo, portanto, ser indevida a qualificação da penalidade aplicada à Recorrente, a qual deve ser reduzida para o patamar de 75%.

4. CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, voto pelo provimento parcial do recurso voluntário, para reduzir a multa formalizada no auto de infração para o patamar de 75%.

Relatora Thais De Laurentiis Galkowicz

Declaração de Voto

Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto

Trata a presente autuação acerca da incidência de IOF sobre remessas entre empresas coligadas com fundamento em contratos de conta corrente estabelecidos entre as partes, sob o fundamento de que tais remessas haviam se dado a título de mútuo.

A questão controvertida nesse processo é a existência ou não de dissimulação decorrente da utilização de um contrato de conta corrente para realização de operações de mútuo sem o pagamento o IOF.

Antes de entrar na questão propriamente da suposta dissimulação e do atendimento ou não aos requisitos do *contrato típico de conta corrente mercantil*, cabe enfrentar questões prejudiciais.

1. Da Relação entre o Direito Privado e o Direito Tributário

Tema dos mais relevantes, que põe em contraste a ideia de uma unidade do sistema jurídico e a coexistência de subsistemas correlacionados (mas com sistemáticas que lhe são peculiares por refletirem suas igualmente próprias finalidades.), é a relação entre o Direito Tributário e o Direito Privado. Trata-se de preocupação antiga, visto que remete ao *Precis de Droit Financier* (1906) de Myrbach-Rheinfeld, cuja obra defendia à época pela inaplicabilidade das normas de Direito Privado para reger relações de Direito Financeiro (incluindo aí o tributário), mas que mantém sua atualidade (e prejudicialidade) em uma infinidade de discussões atuais.

Como lembra Alcides Jorge Costa (Direito Tributário e Direito Privado. In *Direito Tributário - Estudos em Homenagem a Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Dialética, 1984. P.222), as relações entre o Direito Tributário e o Direito Privado é multifacetada, com um foco maior na subordinação ou não do daquele aos conceitos e institutos deste, que por sua vez comportaria, **no plano teórico**: i) a recepção expressa dos conceitos de direito privado; ii) uma recepção implícita; iii) uma alteração implícita de conceitos do direito privado; e iv) uma aplicação analógica das normas de direito privado.

É fato inconteste que a legislação tributária faz diversas remissões ao Direito Privado, todavia, o que causa discussão é a pergunta acerca de o que é salário, serviço, mútuo etc., e se a resposta do Direito a esta pergunta é privatista ou não - isso nos situa entre duas hipóteses limites de trabalho: ou i) o empréstimo de expressões é o mais restrito possível, não passando de uma **remissão meramente terminológica**; ou ii) o emprego da terminologia privatista implica uma **assunção substancial do objeto em matéria fiscal** (PUJOL, Jean. *L'application du Droit Privé en Matière Fiscale*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987. P.23).

No mesmo sentido, enfrentou Humberto Ávila (Eficácia do Novo Código Civil na Legislação Tributária. In: GRUPPENMACHER, Betina. (Org.). *Direito Tributário e o Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.64-65) a discussão sobre tratar-se de uma remissão meramente terminológica ou conceitual, posicionando-se pela segunda opção, haja vista que carecia de sentido lógico referir-se a uma figura jusprivatística de forma arbitrária, sem qualquer propósito linguístico.

Naturalmente, o Direito Tributário possui fonte essencialmente legislativa, de modo que é natural que se busque prescrições textuais que indiquem a solução para essa questão. Tradicionalmente a remissão é imediata aos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Parece-nos, todavia, que os dispositivos normalmente tratados de forma unitária tratam de coisas distintas.

O artigo 110 encontra-se embrincado a uma *questão vertical*, ligada à hierarquia da Constituição e à impossibilidade da lei alterar dispositivos dela através de alteração de institutos e formas do direito privado a que as competências tributárias fazem remissão. Seria um dispositivo despiciendo em um sistema jurídico com o funcionamento são, mas que no Brasil assume o papel - cada vez mais relevante - de lembrar a todos o óbvio.

A respeito disso, inclusive, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada acerca da necessária observância dos conceitos pressupostos pelo Constituinte no momento de positivação das regras de competência (Ex. RE nº 150.764-1, RE nº 117.887-6, RE nº 203.075-9 etc.), cujo entendimento encontra lúcida formulação no voto do Min. Marco Aurélio Mello no RE nº 166.772-9, ao rechaçar a contribuição cobrada sobre a remuneração dos autônomos:

O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios.

Por outro lado, o art.109 traz uma *questão horizontal*, a respeito da forma que o Direito Privado se relaciona com o Direito Tributário nos demais conceitos e institutos que são utilizados em normas tributárias infraconstitucionais, especialmente para determinar quais os efeitos tributários a que elas estarão sujeitas.

Mais do que isso, é preciso determinar se a utilização de "*conceitos impregnados pelo Direito Civil*" (*zivilrechtliche vorgeprägte Begriffe*) implica a possibilidade da sua alteração pelo legislador tributário - *tese da flexibilidade* - ou ele deve acatar o conceito existente e somente lhe determinar as consequências tributárias - *tese da rigidez* (Cf. CREZELIUS, Georg. *Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung*. Berlin: Neue Wirtschaftsbrieft, 1983. P.180).

Nesse sentido, devemos buscar subsídios no Direito Positivo para fundamentar a opção por um ou outro.

Em primeiro lugar, verifica-se que a Constituição Brasileira optou, ao tratar do Direito Tributário, pela previsão expressa de diversas regras de competência, que, em razão da sua *eficácia de trincheira - entrenchment* (SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press, 2002. P.42) - dão maior *rigidez e certeza* ao conjunto normativo, evitando que poderes e obrigações surjam exclusivamente de princípios constitucionais, dando um timbre de segurança e previsibilidade ao subsistema constitucional tributário que, por força da hierarquia.

No âmbito do CTN, calha remeter a dois artigos pouco mencionados nesta discussão, o art.114 e 116:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Ora, é aristotélica a lição de que as condições necessárias e suficientes para que um objeto seja determinado como algo são o conteúdo desse conceito! É dizer, na dicção do artigo mencionado, que falar em *fato gerador* é *pressupor a existência de um conceito ao qual ele vai se subsumir*, com elementos determinados. Fica evidente que o CTN reconhece a existência de conceitos nas hipóteses de incidências tributárias que devem ser observados no momento da aplicação, sob pena de restar sem sentido a dicção do artigo supramencionado.

Em mesmo sentido, o art.116 é categórico:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável. (grifos nossos)

Ora, ao incluir determinado ato ou negócio jurídico no antecedente de uma norma tributária abstrata e geral, o legislador não abarca a totalidade do fenômeno, o **fato bruto** (*rohe Tatsachen*), mas sim **fatos institucionais** (WEINBERGER, Ota. *Fatti e Descrizione di fatti - Riflessioni logico-metodologiche su un problema fondamentale delle scienze sociali*. In. LA TORRE, Maximo. *Il Diritto come Instituzione*. Milano: Giuffrè, 1990. P.95-113) - seja à partir de uma institucionalização dos *fatos brutos*, quando delimita positivamente "*as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios*", seja à partir de convenções humanas normativamente instauradas, caso em que o fato se verificará quando "*definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável*".

Há, pois, uma necessidade intrínseca ao Direito que tais fatos tenham alguma determinação prática - seja ela normativa ou não - anterior à sua utilização nas hipóteses de incidência tributárias. ***Em se tratando das situações jurídicas, remete-se a um "direito aplicável" que, a nosso ver, nada mais é do que o Direito Privado*** - que impõe a sua observância não por razões de *unidade conceitual necessária* - que a nosso ver pode ser elidida pela construção de conceitos próprios no âmbito tributário (como se fez com o conceito de faturamento, com a Lei das S.A. e o Decreto-Lei 2397/67) - mas por uma unidade conceitual decorrente do grau de elaboração do Direito Privado quando da tomada de consciência da autonomia do Direito Tributário (VANONI, Ezio. *Natureza e Interpretação das leis tributárias*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1932. p.167). Não se trata de uma vinculação necessária, mas apriorística, desde que não sobrevenha uma previsão específica de sentido na seara tributária.

Corroborando essa conclusão, a Lei Complementar 95/98, versando expressamente sobre a redação de textos legais, traz relevantes subsídios interpretativos, a exemplo de seu art.11:

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

I - para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese

em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;

Além disso, sob uma análise estrutural do Código Tributário, a própria previsão da figura da *simulação*, evidenciando uma discrepância entre o declarado e o efetivamente realizado para justificar a revisão do lançamento e outras consequências legais, já traz pressuposta a assunção de uma estrutura de Direito Privado que, por conta de um vício (se de vontade ou de causa é outra discussão) deve ser desconsiderado para fins tributários - mas ainda assim, um *prius* lógico deste instituto é a consideração da forma de Direito Privado, ainda que vicada.

Resta clara, portanto, a necessidade de observância, via de regra, dos conceitos de Direito Privado na interpretação das hipóteses de incidência tributária.

Todavia, entendemos necessário acrescentar uma segunda camada de considerações, haja vista que o que foi dito acima o foi com vistas apenas à interpretação do Direito Tributário - o que seria suficiente em um pensamento estritamente subsuntivo e conceitual, mas que não se sustenta diante das teorias hermenêuticas atuais.

Em rigor, a aplicação do Direito não consiste apenas em interpretar normas. A *interpretação da lei (Gesetzesauslegung)* e a *valoração dos fatos (Sachverhaltsbeurteilung)* são dois aspectos do mesmo problema hermenêutico, haja vista que no processo aplicativo os elementos fático e jurídico atuam reciprocamente um sobre o outro - tanto a interpretação da norma quanto a *qualificação* dos fatos fazem parte do processo de compreensão do sentido da norma e sua projeção sobre os casos concretos (NOVOA, César García. *La Cláusula Antielusiva en la Nueva Ley General Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2004. P.209-211).

Podemos entender como *qualificação*, o conjunto de operações que se realizam, por parte dos aplicadores do Direito, com a finalidade de analisar desde o ponto de vista jurídico aquelas circunstâncias do mundo real que podem ser incluídas nas hipóteses da normas (SANCHÍS, Luís Prieto. *Ideologia e Interpretación Jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987. P.88).

A distinção é relevante pois a incidência tributária passa pela determinação do conteúdo normativo da hipótese - interpretação - e pela análise dos fatos concretos ocorridos e da sua pertinência ou não àquela hipótese - qualificação.

A respeito dela, deve a Administração Pública respeitar as formas adotadas pelo Contribuinte sempre que estiverem de acordo com o regramento específico da situação jurídica que se incorre, respeitando os elementos que compõem o conceito adotado na hipótese de incidência.

Da mesma forma que a interpretação das normas, o CTN traz disposições específicas acerca da qualificação dos fatos, a exemplo do art.108, §1º:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

Não se pode utilizar de *juízos de semelhança* entre fatos, negócios ou atos para exigir o tributo - é dizer, a legislação **veda** que o aplicador do Direito Tributário, ao se deparar com um caso que esteja fora da hipótese de incidência, se baseie em elementos desse fato que tenham semelhança com elementos de outro fato (este presente em uma hipótese de tributação) para que determine a sua tributabilidade (a exemplo do caso que - erroneamente - se pretenda tributar indenização por danos materiais como se renda fosse, estendendo por analogia a hipótese do IR, considerando apenas o elemento de aquisição de disponibilidade, mas não o do acréscimo patrimonial).

Não é à toa que o art.150, I da Constituição Federal determina que a exigência do tributo está condicionada a Lei que o estabelece, que tem como consectário lógico o **dever de conformidade da tributação com o "fato gerador"**, desenvolvido em festejado trabalho de Gerd Rothmann, que reflete uma faceta principiológica da legalidade na disposição de que a lei não pode deixar ao critério da administração a diferenciação objetiva, devendo ela própria prever, na maior medida, possível, os aspectos necessários à configuração do fato gerador, não bastando ao legislador autorizar, de forma ampla, vaga, genérica ou indeterminada, a criação do tributo, mas cabendo a ele descrever a situação que lhe dará causa (ROTHMANN, Gerd Willi. O Princípio da Legalidade Tributária. In. DÓRIA, A.R.S.; ROTHMANN, G.W. *Temas Fundamentais do Direito Tributário Atual*. Belém: Cejup, 1983. P.90-99).

E ao determinar, através do art.109, que a a definição, conteúdo e alcance dos institutos, conceitos e formas de Direito Privado deverão ser aqueles que naquele ramo lhe são atribuídos, ressalvados os efeitos tributários que decorrem das regras tributárias, o legislador optou por **vedar a possibilidade de requalificação de atos e negócios jurídicos** sob um filtro finalístico - a exemplo da malfadada *interpretação econômica do Direito Tributário*.

Nesse ponto, concordamos com as lições de García Novoa, ao sustentar que somente o desrespeito aos dois dispositivos acima citados somente pode se dar quando a Administração é dotada de autênticos poderes extraordinários para, por exemplo, requalificar, interpretar as normas de acordo com sua finalidade econômica ou aplicar o tributo por analogia, ou, em geral, para desconsiderar atos ou negócios realizados com fins de elusão fiscal (NOVOA, Ob.Cit., p.211.)

É o que se dá, por exemplo, com o parágrafo único do art.116 do CTN, que prevê - expressamente, diga-se - a possibilidade de requalificação de atos ou negócios jurídicos com finalidade dissimulatória. O caráter excepcional da prática de requalificação ou de analogia fica mais exposto ainda na cláusula "*salvo disposição de lei em contrário*" no caput do art.116 do CTN, que evidencia a primazia ao regime de Direito Privado na constituição dos fatos geradores.

Pois bem, parece-nos que há uma *clara primazia dos conceitos e formas de Direito Privado na definição, conteúdo e alcance das hipóteses de incidência e dos fatos geradores*, salvos nas exceções previstas expressamente por lei.

2. Do Contrato de Conta Corrente - seus elementos e requisitos

O primeiro cuidado a ser dispensado quando se examina a espécie contratual conta-corrente reside em definir as suas características básicas e, mais ainda, o seu fundamento no Direito Positivo.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer um equívoco que parece comprometer grande parte das decisões do CARF e de outros órgãos decisórios que enfrentam a questão: **o contrato de Conta Corrente NÃO É UM CONTRATO ATÍPICO.**

O Código Comercial de 1850 já tratava desse contrato em seus arts.253, 254, 432 e 445, referindo-se expressa e nominalmente a ele:

*Art. 253 - É proibido contar juros de juros; esta proibição não compreende a **acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano.***

Art. 254 - Não serão admissíveis em juízo contas de capital com juros, em que estes senão acharem reciprocamente lançados sobre as parcelas do débito e crédito das mesmas contas.

Art. 432 - As verbas creditadas ao devedor em conta corrente assinada pelo credor, ou nos livros comerciais deste (artigo nº. 23), fazem presumir o pagamento, ainda que a dívida fosse contraída por escritura pública ou particular.

*Art. 445 - As dívidas provadas por **contas correntes dadas e aceitas**, ou por contas de vendas de comerciante a comerciante presumidas líquidas (artigo nº. 219), prescrevem no fim de 4 (quatro) anos da sua data.*

E sobre tais dispositivos já escrevera Augusto Teixeira de Freitas:

*O art.254 do Código do Comércio também refere-se unicamente às **contas correntes**, pois que só nestas há contagem de juros recíprocos. (...) Toda conta não é uma conta corrente. Uma coisa é conta simples e outra é conta corrente. Esta última corre, isto é, vai reciprocamente demonstrando as parcelas de débito e crédito, sem compensação de umas com as outras; para no fim do ano, ou de outro período, fazer-se, então a liquidação ou compensação total. (Aditamentos ao Código de Comércio, Rio de Janeiro, vol.1, 1878. P.618)*

Ainda que se objete que a lei retrocitada foi revogada pelo Código Civil atual, há que se acatar a validade e vigência da Lei do Cheque (Lei 7.357/1985), que em seu art.4º, §2º, b, traz a previsão expressa dessa forma contratual, inclusive é feliz em contrastar expressamente a conta-corrente contratual da conta-corrente bancária, afastando incautos que pretendam uma identificação entre figuras positivamente distintas:

Art . 4º O emitente deve ter fundos disponíveis em poder do sacado e estar autorizado a sobre eles emitir cheque, em virtude de contrato expresso ou tácito. A infração desses preceitos não prejudica a validade do título como cheque. (...)

§ 2º - Consideram-se fundos disponíveis:

a) os créditos constantes de conta-corrente bancária não subordinados a termo;

b) o saldo exigível de conta-corrente contratual:

Essa lei expressa-se de maneira clara, ressaltando a característica principal desse contrato, que é a exigibilidade do saldo na liquidação da conta, ao dispor no §2º do art.4º que se considera fundo disponível o saldo exigível de conta corrente contratual.

Além disso, alegar a ausência de disposições expressas sobre seu regime jurídico é uma afirmação de todo equivocada, como bem apontou Fran Martins (Ob.Cit., p.367-368), ao apontar a existência de regulação no art.4º do Decreto nº 22.626/33 (a chamada Lei da Usura), revogado por Decreto de 25/04/1991, mas revigorado em seguida, por Decreto de 29/11/1991, estando vigente atualmente, *in verbis*: "É proibido contar juros de juros: esta proibição não compreende a acumulação dos juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano."

Poder-se-ia argumentar que nunca um texto legislativo trouxe expresso as minúcias do regime jurídico do contrato em comento - mas isto não é suficiente (além de ser equivocado, como demonstramos nos parágrafos anteriores) para negar a **tipicidade** do mesmo - haja vista que uma peculiaridade do Direito Comercial e Civil é o **caráter de fonte que assumem os "usos e costumes"**, inclusive positivado no art.113 do atual Código Civil ao tratar da parte geral dos Negócios Jurídicos (Art.113. *Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*).

A previsão típica do contrato na Lei de Cheque, complementado pelos dispositivos mencionados e os usos e costumes de sua prática longínqua, desde o Tribunal de Comércio da Corte no Brasil, lhe dá o timbre de um **CONTRATO TÍPICO** com elementos necessários para a sua caracterização que devem, por força do art.109 do Código Tributário Nacional, serem observados no momento de qualificação dos fatos geradores.

É dizer, uma vez que a Lei de Cheque traz nomeadamente o contrato de conta-corrente, torna-o típico - **o nome traz consigo a prática e a convenção sobre ele**. Todos os usos e costumes relacionados àquela espécie de contrato são recepcionados pela remissão expressa e nominal que a supramencionada lei traz.

Ainda que, *ad argumentandum*, se ponha alguma dúvida sobre a tipicidade desse contrato pela sua menção expressa na legislação vigente, é forçoso reconhecer que se trata de um contrato *socialmente típico*, expressão do costume e dos fatos sobre o Direito positivo, como bem colocado por Pedro Pais de Vasconcelos:

Na sua generalidade, os tipos contratuais legais foram construídos sobre os correspondentes tipos extralegais, sobre práticas contratuais que já eram típicas na sociedade. Estes tipos, que são tipos normativos, quando contrapostos aos tipos legais, que são tipos jurídicos estruturais, podem designar-se adequadamente por "tipos sociais" (Contratos Atípicos 2 ed.. Coimbra: Almedina, 2009. P.61)

É dizer, não obstante desprovido de regulação legal específica, é típico do ponto de vista social, devendo ter seu regime jurídico respeitado, conforme as lições da melhor doutrina, a exemplo de Emilio Betti (*Teoria Generale del Negozio Giuridico*, 2ªed. Edizioni Scientifiche Italiane: Nápole, 1994. P.192 e ss.), Vincenzo Roppo (*Il contratto*, In Trattato di Diritto Privato. Milão: Giuffrè, 2001. P.423 e ss.) e, no Brasil, Antônio Junqueira de Azevedo (*Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. P.136 e ss.)

Uma vez ultrapassada a questão da tipicidade - que imediatamente conduz à obrigatoriedade da Administração Tributária observar seus elementos típicos - deve-se tratar aqui das suas características principais.

Em definições de consagradas autores brasileiros e estrangeiros fica evidente que não se trata de uma invenção recente, mas de uma forma contratual historicamente consolidada:

Conta corrente é o contrato segundo o qual duas pessoas convencionam fazer remessas recíprocas de valores - sejam bens, títulos ou dinheiro -, anotando os créditos daí resultantes em uma conta para posterior verificação do saldo exigível, mediante balanço. (...) As remessas são as operações praticadas pelos correntistas para alimentar a conta. Podem constar essas remessas de dinheiro, bens ou títulos de crédito; deverão, sempre, ter um valor determinado, para que possam servir de base aos lançamentos que são feitos na conta. (MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais, 16ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P.366)

No mesmo sentido é a lição de Gianinni, expoente italiano do tema, e Paulo de Lacerda, comercialista brasileiro responsável pela obra maior acerca do contrato de conta corrente:

"[o contrato de conta corrente é] um contrato pelo qual duas pessoas convêm em conceder-se crédito recíproco a respeito de operações realizadas entre si e por igual duração de tempo de modo a que, ao fim do prazo, a diferença entre as duas somas de crédito represente um crédito exigível" (GIANINNI, Torquato. I contratti di conto corrente. Firenze, 1895. P.59)

O nome do contrato é conta-corrente, a qual abre-se quando se estabelece entre os correntistas ou correspondentes, alimenta-se pelas recíprocas remessas a débito e crédito, formando no exercício do contrato as sucessivas parcelas, verbas, artigos ou lançamentos das partidas de deve e haver; sujeita-se a encerramentos, balanços ou liquidações periódicos, para de tempos a tempos ser acertada a mesma conta-corrente e extrahindo-se o saldo periódico a se levar ao seguinte período de conta-corrente, até o fechamento ou encerramento final quando, feito o balanço definitivo, se apurar o saldo final possível de pronuncia-se contra um qualquer dos dois correntistas e portanto a favor do outro. (LACERDA, Paulo de. Do Contrato de Conta-Corrente, Editor Jacinto Ribeiro, 2ª edição, 1928, P.24-25)

Em um esforço sistematizador, e recorrendo às lições de J. X. Carvalho de Mendonça, Waldirio Bulgarelli (Contratos Mercantis, 4ªed. São Paulo: Atlas, 1987. P.555) e Fran Martins (Ob.cit., P.369-370) trazem uma sistematização das características desse contrato: 1) O contrato de conta corrente *supõe uma série de operações sucessivas e recíprocas entre as partes*. Essas operações são anotadas nas contas, como partidas de débito e de crédito, e somente ao final do prazo convencionado, ou com a manifestação de uma das partes, se não houver período estabelecido, somam-se as partidas de débito e as de crédito, verificando-se o saldo final. 2) *Só entram na conta corrente os créditos resultantes das operações a elas*

destinadas. 3) Durante a vigência da conta corrente não pode um dos correntistas julgar-se credor ou devedor, pois *esse status só lhe será atribuídos após o encerramento da conta.* 4) Enquanto vigente o contrato, *as remessas constituem uma massa homogênea* cujo resultado só pode ser conhecido com o balanço final, destacando-se a *indivisibilidade e unidade* das remessas. 5) Em razão da *perda da individualidade das remessas*, não podem dar causa a ação particular sobre elas, nem ser objeto de execução.

Prosseguindo na caracterização desta espécie contratual, é preciso classificá-la nas categorias tradicionais do Direito Privado:

I) Trata-se de um **contrato bilateral**, com obrigações recíprocas para as partes que nele se vinculam, devendo cada um dos contraentes fazer crédito ao outro pelas remessas a que procederem.

II) É **contrato oneroso**, por envolver vantagens econômicas para ambos os contratantes. Frise- que o contrato tem essa natureza não porque a conta corrente faz decorrer juros recíprocas, pois *estes podem ser excluídos contratualmente* (Cf. LACERDA. Ob.Cit., p.111; e GIANINNI, ob.cit., §10º), mas pela concessão de crédito recíproco.

III) É **contrato comutativo**, pela reciprocidade de obrigações;

IV) É **contrato consensual**, formando-se pelo simples consentimento das partes - sobre esta última característica precisamos dedicar mais alguma análise.

Paulo de Lacerda faz extenso histórico da discussão sobre o conteúdo desse contrato, que pretendemos resumir brevemente aqui (Ob. Cit., p.113 e ss.).

Durante o séc.XIX, especialmente pela lavra de Delamarre e Lepoitvin, o contrato de conta corrente era definido como um contrato **real**, exigindo para sua perfeição a realização de pelo menos a primeira remessa. Essa afirmação, todavia, sofreu inúmeras críticas da doutrina e da jurisprudência, vindo a ser abandonada universalmente.

O equívoco da consideração como contrato real está em colocar em antítese a convenção de conta corrente com a própria conta corrente, quando, em rigor, pouco importa as características individuais da remessa, vez que remetida através da convenção, ele perde sua individualidade. Não apenas isso, fosse o contrato real, o estorno da primeira remessa - por qualquer motivo que seja - implicaria a rescisão do contrato, o que não se verifica, pela possibilidade de outras remessas posteriores permanecerem.

Enfim, em perfeita síntese, Paulo de Lacerda (ob.cit., p.121) pontua que os contratos em regra são consensuais, sendo reais apenas aqueles em que se obriga a parte a dar retorno ao mesmo objeto que recebe, ou outro da mesma espécie - o que não acontece com o contrato de conta corrente, pois a intenção das partes está em criar uma massa homogênea das transações recíprocas, para gozar das vantagens que daí resultam.

A perda da existência autônoma e distinta das remessas - que descaracteriza o contrato como real - é inclusive reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal:

CONTA-CORRENTE - Contrato - Indivisibilidade - Análise das suas remessas - Discussão pretendida de algumas operações que o alimentaram, para arguir a sua prescrição - Inadmissibilidade.

Nos contratos de conta-corrente não há que esmiuçar a natureza das operações originárias para verificar a prescrição de cada

lançamento porque as remessas lançadas na conta perdem a sua existência autônoma e distinta.

(Rec. Extr. nº 12.941-SC. Ac. unânime da 1ª Turma - Rel. Min. Barros Barreto, julgado em 05/07/1948)

O fato das remessas se iniciarem imediatamente após o contrato é mera contingência, haja vista que enquanto permanecer válido o contrato a conta corrente será válido meio para as remessas.

Em síntese: ***o seu ponto central é a convenção, e não a tradição.***

Sobre a ***temporalidade*** do contrato, as partes podem convencionar um prazo de duração, mas Gianinni (Ob.cit., §87) observa que ***um limite convencional de tempo é coisa supérflua em contratos de conta-corrente***, frisando que é pouco usado - na verdade, poucas vezes se apresentará uma hipótese do contrato de conta corrente com prazo determinado, sendo facultado aos correntistas romper o contrato quando quiserem.

Além disso, não há obrigatoriedade de realização de ***balanços provisórios*** - mas podendo ser estipulado contratualmente dentro de prazos determinados - sendo essencial à forma contratual apenas o ***balanço definitivo***, quando da sua extinção (Cf. LACERDA, Paulo M. de. Ob.Cit. P.267-271). O que também não impede que o saldo apurado em uma liquidação periódica seja transportado para nova conta ou seja logo pago, a critério da estipulação dos contratantes.

Um último ponto essencial à sua caracterização diz respeito à forma de sua contabilização, que demanda uma atenção especial. A escrituração se faz nos mesmos moldes da conta corrente contábil, não devendo ser confundidos o contrato e a sua escrituração (MARTINS, ob.cit., p.367).

Sobre a escrituração contábil do contrato de conta-corrente, é feita como qualquer conta-corrente, mas há distinção entre a conta-corrente de contrato e a mera conta-corrente derivada apenas de procedimento escritural, como veremos logo abaixo.

Não obstante, face ao regime jurídico próprio do contrato de conta corrente, impõe-se que a escrituração derivada dele seja feita à parte de outras contas-correntes meramente contábeis, assim como se impõe a sua separação em relação a outros débitos e créditos das duas partes envolvidas no contrato, débitos e créditos estes que não estejam abrangidos pelo contrato, segundo suas disposições quanto ao seu objeto.

Creemos ter elucidado aqui a natureza jurídica do contrato de conta corrente e suas características essenciais. Cabe fazer um contraste com a figura que consideram sua próxima, o mútuo.

3. Contrato de Conta Corrente e Mútuo - Contrastes

O primeiro cuidado que se deve ter ao contrastar o Contrato de Conta-Corrente e o de Mútuo é observar que **ambos são contratos típicos**, como cuidamos de demonstrar cabalmente no tópico anterior.

Esta distinção não é necessária apenas para verificação das possíveis incidências tributárias sobre a movimentação econômica e financeira decorrente do contrato, mas principalmente, e até mesmo antes daquelas, para que as partes possam ser exigidas no cumprimento das suas obrigações e possam exercer os seus direitos de acordo com a efetiva natureza jurídica do contrato.

O Mútuo é contrato tipificado pelo Código Civil, regulado pelos artigos 586 a 592, e consistindo no *empréstimo de bens fungíveis*, como o dinheiro, *para serem restituídos ao mutuante na mesma quantidade, gênero e qualidade*.

Calha trazer a definição legal de mútuo, qual seja:

“Art. 586 - O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.”

Da **essência** desse contrato, portanto, são os seguintes elementos que lhe dão conformação e existência como tal: 1) empréstimo de coisa fungível; 2) obrigação do mutuário restituir ao mutuante o mesmo que dele recebeu, no mesmo gênero, na mesma qualidade e na mesma quantidade.

Tratando sobre as características do Mútuo, Waldirio Bulgarelli (Ob. Cit., p.562)) aponta que se trata de um contrato:

I) **Unilateral**, pois uma vez aperfeiçoado, gera obrigações para apenas uma das partes, o mutuário, que deverá devolver a coisa, e se for o caso, acrescido de juros.

II) **Oneroso ou Gratuito**, a depender da previsão de juros, os quais, quando o mútuo tenha fins econômicos, presumem-se devidos, e também podem ser objeto de fixação contratual, desde que no limite legal (SELIC), além de ser permitida a capitalização anual (art. 406 e 591).

III) **Temporário**, pela necessidade de previsão temporal para a restituição da coisa emprestada.

IV) **Real**, pois implica a entrega da coisa para o uso do mutuário, transferindo-se a sua propriedade.

Por meio do contrato de mútuo, a propriedade dos bens é transferida ao mutuário. Na verdade, o mútuo, embora contratado, **somente se aperfeiçoa se houver a efetiva entrega dos bens mutuados, sendo por isso classificado como contrato real**. Após a transferência dos bens, o mutuário pode utilizá-los como quiser, eis que, sendo proprietário, pode deles dispor, usando e gozando deles como lhe aprouver (Código Civil, art. 1228). Todavia, ele passa a ser responsável pelos prejuízos que os bens possam sofrer, exatamente porque fica com a propriedade daqueles que recebeu, mas, em contrapartida, **tem a obrigação de devolver outros do mesmo gênero, da mesma qualidade e na mesma quantidade**.

Veja-se de pronto, de cotejo entre as características, que é evidente a distinção entre os dois contratos, o que se pode demonstrar com a tabela abaixo:

Critério de classificação	Contrato de Conta-Corrente	Contrato de Mútuo
Quanto a positivação	<i>Típico</i>	<i>Típico</i>

Quanto à natureza do contrato	<i>Convencional</i>	<i>Real</i>
Quanto ao objeto do contrato	<i>Abertura de conta corrente para débitos e créditos recíprocos, para liquidação posterior.</i>	<i>Empréstimo de coisa determinada e fungível, mediante devolução posterior.</i>
Quanto à natureza da tradições entre as partes	<i>Indivisíveis, devendo ser tratadas como uma massa homogênea</i>	<i>Divisíveis e individualizadas, com tratamento próprio para cada transação</i>
Quanto ao aspecto subjetivo da obrigação	<i>Bilateral</i>	<i>Unilateral</i>
Quanto à dimensão econômica	<i>Oneroso ou Gratuito</i>	<i>Oneroso ou Gratuito</i>
Quanto ao aspecto subjetivo	<i>As partes assumem natureza de credor e devedor após a liquidação da conta corrente</i>	<i>As partes são mutuante e mutuário desde a tradição do bem</i>
Quanto à cobrança de juros	<i>Somente após a liquidação</i>	<i>Imediatamente após a tradição</i>
Quanto ao tempo do contrato	<i>Temporário ou Tempo Indeterminado</i>	<i>Temporário</i>

Parece estar clara a distinção entre as duas figuras.

No contrato de conta corrente não se faz um mútuo nem se abre um crédito, mas se determina o destino de créditos futuros entre dois sujeitos, adotando uma conta na qual vão sendo lançados débitos e créditos que se excluem mutuamente e cujo saldo só é exigível quando se dá o vencimento do contrato ou mediante extinção voluntária deste.

Não discrepa disso Antônio da Silva Cabral (*“Negócios de Mútuo entre Empresas do Mesmo Grupo”*. In. Direito Tributário Atual nº10, p. 2855.), jurista que integrou os quadros da SRF e foi por vários anos presidente da 3ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes e, como tal, membro da Câmara Superior de Recursos Fiscais, notabilizando-se por seu rigor técnico e por sua cultura jurídica, ao enfrentar o tema à partir das lições de Pontes de Miranda, o maior civilista brasileiro:

“5.6 – MÚTUO E CONTRATO DE CONTA CORRENTE

PONTES DE MIRANDA (Tratado, cit., LXII, pág. 120) forneceu a seguinte definição:

‘Contrato de conta corrente é o contrato pelo qual os figurantes se vinculam a que se lancem e se anotem, em conta, os créditos e

débitos de cada um para com o outro, só se podendo exigir o saldo ao se fechar a conta.'

Pela definição logo **se percebe não existir possibilidade de se confundir mútuo com contrato de conta corrente, como também não existe qualquer identidade entre mútuo e abertura de crédito.** Estamos diante de três espécies de acordos que de maneira alguma se confundem, **embora, na contabilidade, o contrato de abertura de crédito se exteriorize mediante conta corrente.**

O contrato de conta corrente não envolve em si nenhum acordo para empréstimo de dinheiro. A promessa, neste caso, está, apenas, em se escriturarem os créditos decorrentes de operações em que os contratantes sejam titulares. **No contrato de conta corrente não se faz um mútuo nem se abre um crédito, mas se convencionam o que fazer com créditos passados, presentes e futuros.** Nessa conta vão sendo lançados débitos e créditos que se excluem mutuamente e o saldo da conta só é exigível quando se dá o vencimento do contrato de conta corrente, (...)

'Do contrato de conta corrente não se irradiam relações jurídicas creditícias (que são relações jurídicas obrigatórias entre os figurantes), mas apenas o dever de lançar e anotar os créditos de um e de outro, e, para o outro figurante, o de ater-se a esses lançamentos e anotações.'

Mais adiante haveria de escrever:

'Os negócios jurídicos de que resultam os créditos e os débitos são estranhos à conta corrente, que a eles apenas se refere, para os submeter à escrituração específica.'

Este é um aspecto para o qual tanto o Fisco quanto os contribuintes não vêm atentando, querendo aquele se computem juros e correção monetária sobre quantias escrituradas em conta corrente só porque estão em conta corrente, como se esta conta representasse um mútuo em si mesmo. Esquecem-se de que o importante é a análise do negócio jurídico que deu motivo ao lançamento em conta corrente.

É um erro, freqüentemente encontrado na escrituração de empresas e em atos normativos do Fisco, encarar-se a conta corrente como se esta representasse uma dação recíproca de empréstimo, quando o importante seria analisarem-se os negócios jurídicos que motivaram os débitos ou créditos em conta corrente. Nem há que se calcular correção monetária e juros sobre determinada quantia escriturada em conta corrente justamente porque, enquanto existir a conta corrente nenhum dos contratantes poderá exigir a obrigação do outro. Tal só ocorrerá quando a conta corrente for fechada. O que é exigível é, repita-se, o saldo da conta corrente.

O que domina, pois, o contrato de conta corrente é o princípio da reciprocidade: ao mesmo tempo em que se lança um crédito, tem-se que considerar o que a débito existe, de modo a sempre se apurar um saldo, não se podendo lançar uma quantia simplesmente como mútuo, sem se atentar para o fato de que essa conta supõe relação débito-crédito.

Além do mais, o contrato de conta corrente é consensual, enquanto o contrato de mútuo é real. Não há, pois, como se tomar um pelo outro.

Em homenagem à sabedoria do Mestre, transcrevo o que disse PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado, 3ª. ed., 1984, vol. LXII, pág. 132):

‘MÚTUO E CONTRATO DE CONTA CORRENTE – O que mais caracteriza o contrato de conta corrente é que as prestações prometidas são atividades computísticas e contabilísticas. Não há mútuo, nem promessa de mútuo. Quando se fecha a conta corrente ocorre o reconhecimento é que se estabelece nova relação jurídica, pois os créditos constantes dos saldos-expedientes, sobre os quais se pode convencionar fluírem juros, são créditos com pretensões paralisadas, por sua função meramente contábil. A falta de atenção de muitos juristas à exterioridade, em relação aos créditos entrados, do conteúdo e da função do contrato de conta corrente, levou ao desespero, a ponto de ter um jurista francês afirmado haver sujeito (ente moral) na conta corrente. Não há, tão-pouco, abertura recíproca de crédito, porque os créditos entrados ficam sem pretensão eficaz e sem ação eficaz, mesmo no que se refere aos saldos-expedientes.

(...)

A idênticas conclusões chegou Paulo M. de Lacerda (Ob.cit., p.109 e ss.), em sua obra nunca suficientemente citada nas discussões sobre o Contrato de Conta Corrente:

É da substância do mútuo que o mutuário se obrigue a dar ao mutuante outro tanto ‘in genere’ do que recebeu; de maneira que imediatamente após a realização do contrato, perfeito e acabado pela entrega do objeto fungível cuja propriedade passa do mutuante para o mutuário, começa a existir dívida certa a cargo de devedor certo, que é o mutuário. A obrigação assumida pelo mutuário é de dar no significado jurídico técnico da palavra.

Sem a tradição do objeto não ha mútuo, pois este contrato é real: ‘Re contrahitur obligatio, velut mutui datione’, dizia Gaio no seu Commentario II, 90.

Fungível deve ser o objeto do mútuo, que se numera, pesa ou mede, ‘qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum’; pois é da essência do contrato que essas coisas sejam emprestadas para serem consumidas. Devem elas ser fungíveis pela sua mesma natureza, ou pelo modo que as partes as consideram.

A propriedade do objeto deve passar do mutuante para o mutuário, como explicava Paulo, no Digesto, liv. XII, tit .I, fragmento 2 §2: ‘Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio’.

Ora, na conta-corrente não há dívida enquanto a conta corre. O aparecimento do saldo, única dívida que a conta-corrente

pode produzir, é eventual, não certo, e como se não pode ao menos juridicamente determinar desde logo contra quem resultará, o devedor, se houver dívida, não é certo desde logo, porém incerto. **Dupla incerteza na conta-corrente: a dívida, que pode vir ou não vir, e a do devedor que, caso futuramente haja dívida, tanto pode ser um como outro correntista.** No mútuo a certeza é desde logo dupla: a dívida é certa, o devedor é certo.

Quando as partes formam o contrato de mútuo já imediatamente sabem que o mutuante há de entregar ao mutuário um determinado objeto fungível, transferindo-lhe a propriedade, que o mutuário, findo o prazo concedido para gozar do benefício, deve dar por sua vez ao mutuante outro objeto do mesmo gênero.

Na conta-corrente as partes não sabem de antemão precisamente quais os objetos que se remeterão reciprocamente, e cujos valores nela entrarão como verbas componentes. A distinção entre objetos fungíveis e infungíveis é supérflua; pois na conta-corrente entram somente valores, e estes, em sendo depósitos, não pertencerão juridicamente a ela, embora materialmente anotados no respectivo quadro gráfico, uma vez que a remessa feita e recebida funde no todo indivisível da conta-corrente o respectivo valor, coisa esta incompatível com o depósito regular.

Igualmente não pesa ao recipiente a obrigação de dar outro tanto do mesmo gênero. Ele tem apenas a faculdade de remeter também; mas não coisa de gênero certo, idéia que se não aplica ao valor.

(...) na conta-corrente não há dívida a que se possa aplicar uma cláusula que torne exigíveis as suas parcelas, uma a uma, no fim de certo tempo. Enquanto a conta-corrente há tão somente obrigação para cada um dos correntistas de se debitar pelos valores das remessas recebidas. Se as verbas fossem suscetíveis de sujeitar-se à cláusula semelhante, burlada ficaria a intenção das partes e nada mais significaria o encerramento da conta-corrente, quando esta na verdade se teria composto de créditos independentes uns dos outros, com vencimentos seus, e por conseguinte inscritos na conta-corrente como inscritos estariam em qualquer outra conta ou quadro computístico de transações efetuadas. Tirar-se-ia, portanto, à conta-corrente o caráter contratual; ficaria ela reduzida a mero sistema computístico, e muito menos estaríamos em face a um contrato 'sui generis'.

A verdadeira intenção das partes, porém é reunir as operações numa só massa homogênea, deixar de lado todos os característicos, efeitos e conseqüências especiais de cada uma das transações, e liquidar todas por junto depois de findo o tempo do contrato. Isto exclui a idéia de obrigação exigível ou exequível. **A única obrigação é a de creditar e debitar; a única dívida a do saldo, findo o contrato ou, segundo for a vontade das partes, no fim de períodos determinados.**

Aderem às lições supra também José Xavier Carvalho de Mendonça ("Tratado de Direito Comercial Brasileiro", Livraria Editora Freitas Bastos, 1934, vol. VI, Livro IV, Parte II, p.352); Caio Mário da Silva Pereira ("Instituições de Direito Civil", Editora

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 12/05/2016 por THAIS DE LAURENTIIS GALKOWICZ, Assinado digitalmente em 2
0/05/2016 por ANTONIO CARLOS ATULIM, Assinado digitalmente em 12/05/2016 por THAIS DE LAURENTIIS GAL
KOWICZ, Assinado digitalmente em 13/05/2016 por CARLOS AUGUSTO DANIEL NETO

Impresso em 31/05/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Forense, 7aed., p. 368); e Fran Martins ("Comentários ao Código Civil", Editora Forense, 5ª ed., p. 483 e 490).

Parece restar derrocada qualquer dúvida que possa haver sobre as diferenças e semelhanças entre o mútuo e a conta corrente, com a conclusão de que se tratam de figuras absolutamente diversas. Pode-se passar agora, com segurança, à discussão dos reflexos tributários deste contrato.

4. Da Inaplicabilidade do art.13 da Lei 9.779/99 aos contratos de conta-corrente

O título deste tópico decorre da norma de incidência do IOF e a pretensão fiscal de fazê-la incidir sobre os contratos de conta corrente, suficientemente descritos anteriormente, pelo que repetimos o seu teor:

"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."

Ora, como já insistentemente demonstrado, o contrato de conta-corrente não é contrato de mútuo, pelo contrário, guardam diversas diferenças - e tampouco é *operação de crédito correspondente a mútuo*, como as diferenças entre eles já evidenciam. Para ser semelhante a mútuo, teria que ter o mesmo núcleo, a mesma natureza, divergindo apenas em aspectos acidentais - o que não se verifica no cotejo que fizemos na tabela supra.

Como falamos no primeiro tópico, é dever imposto por força do art.109 do CTN que se respeitem os conceitos, institutos e formas de Direito Privado no momento de *interpretar normas tributárias e qualificar fatos geradores*, cabendo à lei tributária apenas lhe atribuírem efeitos característicos de normas desta jaez, sem alterar-lhes as condições e características.

Em exemplo irá elucidar isto.

O Direito Privado traz uma figura negocial X, atribuindo-lhe as características A, B e C (X = A,B,C). O Direito Tributário, ao utilizar esse X em uma hipótese de incidência, sujeita a consideração dos elementos caracterizadores desse negócio a dois níveis de aplicação, de modo que diante de um Fato Y, com a presença da característica A (Y = A), as seguintes situações podem ocorrer:

1) Em um primeiro nível (interpretação), o aplicador da norma tributária pode considerar que:

I.a) X = A,B,C - nesse caso, ele respeita integralmente a regra de Direito Privado na configuração da hipótese de incidência;

I.b) $X = \emptyset$ - caso em que o intérprete desconsidera inteiramente o conceito do Direito Privado, construindo um novo conceito dentro do Direito Tributário; e

I.c) $X = A$ e/ou B e/ou C - caso em que ele transforma um conceito de Direito Privado em um tipo, tratando seus elementos característicos como renunciáveis para fins de adequação à hipótese.

II) Em um segundo nível (**qualificação**), o aplicador irá analisar o caso concreto para qualificá-lo normativamente:

II.a.) $(X = A, B, C) \neq (Y=A)$ - o aplicador reconhece que para a caracterização de um fato Y como o conceito X , é preciso que todos os elementos estejam presentes.

II.b) X é semelhante a Y - o aplicador reconhece a divergência entre os critérios de X e o elemento de Y , mas entende que a característica A é o suficiente para que Y seja tratado como X , à partir de um juízo de semelhança.

II.c) $F(X = Y)$ - O aplicador entende que sob o critério jurídico Y não possui as características de X , mas entende-os como semelhantes à partir da aplicação de um "filtro" F , que passa a tratar tanto a hipótese quanto o fato gerador sob outro ponto de vista, como o econômico.

Analisando as hipóteses possíveis à luz da posição assumida no item 1, verifica-se que a possibilidade I.b só é possível nos casos em que há legislação tributária expressa dando uma definição própria pra determinada figura, já o I.c se afigura de difícil aplicação no caso concreto, por se estar tratando de figuras típicas, nominadas, com regime jurídico bem delimitado. Resta, por exclusão e por força da literalidade do art.109 do CTN, a opção de acatar as características do conceito no âmbito privado.

A nível de qualificação, as hipóteses II.b e II.c correspondem, respectivamente, à utilização de analogia e à interpretação econômica, ambas vedadas no Direito Tributário brasileiro para que se exija tributo. Resta ao aplicador negar a qualificação de um fato ao conceito quando não tenha consigo as demais características.

Isto é, quando por exemplo uma norma de lei tributária determinar certo tratamento aos contratos de mútuo, ela somente se aplicará aos negócios jurídicos que, de acordo com a lei civil, sejam efetivamente enquadrados como mútuo. Já quando se tratar de outra espécie de contrato, ainda que inominada, não será ela abarcada pela norma da lei tributária relativa aos mútuos, salvo se essa mesma lei, por uma regra expressa, também der a esta outra espécie de contrato o mesmo tratamento prescrito para os mútuos.

No caso concreto, diga-se desde logo que não há disposição legal estendendo a norma do art. 13 da Lei n. 9.779 a outras espécies de contrato que não sejam mútuos. E não se pode olvidar que, além do art. 109, o CTN prescreve no art. 116, inciso II, que tratando-se de situação jurídica, considera-se realizado o fato gerador no momento em que esteja definitivamente constituída a operação, *nos termos de direito aplicável*.

O fato gerador do IOF somente ocorre quando a situação jurídica de *crédito decorrente de mútuo* estiver completa de acordo com o direito aplicável, o qual é o previsto nos art. 1.256 e seguintes do Código Civil.

Isso nada mais é do que consectário do princípio da legalidade, limitação constitucional ao poder de tributar prevista no art. 150, inciso I, da Constituição e no art. 97 do CTN, e tem preciosa descrição no art. 114 desse mesmo código, quando diz: "*Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.*". Já percorremos esta senda anteriormente: condições necessárias e suficientes para a ocorrência de algo correspondem exatamente ao conceito disto, aos seus elementos caracterizadores, que devem ser buscados no Direito Privado.

Portanto, se a lei tributária se refere a mútuo, e *não estende a disposição referida a mútuo para outras espécies contratuais nominadas*, a situação necessária e suficiente à ocorrência do fato gerador descrito nessa lei é exclusivamente a de contrato de mútuo segundo o Direito Privado, e não haverá a situação necessária e suficiente à ocorrência do fato gerador quando de outro contrato se tratar.

Senão, vejamos o art. 63, I do CTN:

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;

Pode-se ver que é elemento essencial das operações de crédito tributáveis por IOF que a efetivação da operação se dê pela entrega total ou parcial do montante ou a sua colocação à disposição - noutros termos, exige que a operação tenha **natureza real**, caracterizada pela tradição, o que largamente discrepa do contrato de conta corrente, de **natureza convencional**, determinando que os créditos e débitos recíprocos dos contratantes serão registrados em uma conta contábil especial, para balanço e liquidação posterior, somente à partir daí se caracterizando relação creditícia no caso de se verificar que um é credor do outro.

É de obviedade exuberante a impossibilidade de aproximar o conceito de mútuo e operação de crédito ao de conta corrente: basta verificar que as remessas feitas na conta corrente não caracterizam um ou outro contratante como credor e devedor, o que é essencial às operações de crédito, e mais, é plenamente possível que ao fim do contrato, com a liquidação da conta corrente, não haja débitos ou créditos, de modo que em momento algum qualquer dos contratantes teve direito subjetivo patrimonial oponível ao outro.

Basta que se compulse o art. 64 do CTN para verificar a procedência da crítica feita acima:

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;

Ao escolher a base de cálculo, opta pelo montante da **obrigação**. Ora, no caso das remessas de conta corrente não há qualquer obrigação, que só será eventual e acidentalmente verificada após a liquidação da conta - não haveria como adequar a operação à **base de cálculo eleita pelo CTN**.

A mera *remessa de valores* no bojo de uma conta corrente não pode ser equiparada à *entrega da coisa do mútuo*, pois divergem largamente em seu regime jurídico - salvo se considere possível interpretar economicamente a remessa e a entrega, para considerar apenas o montante econômico trasladado, hipótese esta em que poderíamos certamente pôr fogo em todos os livros de Direito Tributário e toda a jurisprudência de nossas Cortes Superiores, usando a Constituição Federal como estopa para acender essa fogueira.

Para haver mútuo não é suficiente haver a entrega de dinheiro, mas, sim, é necessário que esta seja acompanhada da obrigação da pessoa que a recebe de devolver a mesma quantidade de dinheiro na data aprazada, ou, na falta de prazo contratual, na data legal.

Para haver remessa em conta corrente também não é suficiente a entrega de dinheiro, é preciso que essa remessa seja integrada a uma massa homogênea e indivisível de créditos e débitos, sem qualquer exigibilidade, e desvinculada das condições e operações que originaram a remessa, dependendo de liquidação posterior - com ou sem prazo determinado - para a apuração do saldo final.

Querer equiparar entrega de dinheiro no mútuo à remessa em conta corrente é equiparar o tratamento jurídico tributário das duas pela simples semelhança de envolver movimentação de montantes economicamente apreciáveis. *Tributar com base em juízo de semelhança nada mais é do que tributar com base em analogia* (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 6ªed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012. P.540-541), conduta vedada expressamente pelo art. 108, §1º do CTN: "*O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.*"

Outra leitura possível do art.13 da Lei 9.779/99, posto que igualmente desprovida de juridicidade, é interpretar o termo "*As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros* " como uma cláusula indeterminada, aberta, para permitir abranger qualquer espécie de remessa de dinheiro entre pessoas jurídicas e/ou físicas.

Tal leitura viola frontalmente o *dever de conformidade da tributação com o "fato gerador"*, consectário da legalidade tributário apontado por Gerd Rothmann, que reflete uma faceta principiológica da legalidade na disposição de que a lei não pode deixar ao critério da administração a diferenciação objetiva, devendo ela própria prever, na maior medida, possível, os aspectos necessários à configuração do fato gerador, não bastando ao legislador autorizar, de forma ampla, vaga, genérica ou indeterminada, a criação do tributo, mas cabendo a ele descrever a situação que lhe dará causa (ROTHMANN, Ob.Cit.. P.90-99).

Por força do próprio art.97, III do CTN, *é dever da lei definir o fato gerador*, isto é, dar-lhe *significado, determinação*, de modo que não coaduna com esse dispositivo, tampouco com a legalidade tributária, a utilização de expressões vagas ou indeterminadas na definição das hipóteses de incidência.

O absurdo da assunção de tal interpretação é patente: estar-se-ia incluindo na hipótese de incidência do IOF também pagamentos, doações e quaisquer remessas de dinheiro, independente da sua causa e regime jurídico.

Igualmente patente é a ilegalidade do Ato Declaratório nº07/99, no qual o Secretário da Receita Federal declara:

1. No caso de mútuo entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, sem prazo, realizado por meio de conta-corrente, o Imposto sobre Operações de Crédito Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF

devido nos termos do art. 13 da Lei No 9.779, de 19 de janeiro de 1999:

a) *incide somente em relação aos recursos entregues ou colocados à disposição do mutuário a partir de 1o de janeiro de 1999;*

b) *será calculado e cobrado no primeiro dia útil do mês subsequente àquele a que se referir, relativamente a cada valor entregue ou colocado à disposição do mutuário durante o mês, e recolhido até o terceiro dia útil da semana subsequente;*

c) *os encargos debitados ao mutuário serão computados na base de cálculo do IOF a partir do dia subsequente ao término do período a que se referirem.*

Ao equiparar o contrato de conta corrente ao de mútuo, ambos contratos típicos e largamente distintos, o Ato Declaratório anda ao largo das restrições que deve ter, inaugurando no ordenamento nova hipótese de incidência do IOF, ao arripio da lei e da própria Constituição.

Não causa espécie que a jurisprudência de Conselho reconhecera essa distinção claramente. Neste sentido, para exemplificar cito o acórdão n. 101-80803, de 21.11.1990, da 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, cuja ementa diz:

“IRPJ – Negócios de mútuo. A conta-corrente relativa a operações entre coligadas, interligadas, controladoras e controladas, não é, em si mesma, bastante para caracterizar negócio de mútuo. Há que se investigar a natureza jurídica de cada operação objeto do lançamento, separando aquelas que realmente espelhem mútuo.”

Na mesma linha, mas aludindo à gestão de recursos de empresas coligadas (gestão de caixa), foi o acórdão n. 101-77901, de 15.8.1988, no qual se lê:

“IRPJ – NEGÓCIOS DE MÚTUO – ART. 21 DO DECRETO-LEI N. 2065/83. A CONTA-CORRENTE CONTÁBIL. A conta-corrente contábil relativa a operações entre coligadas, interligadas, controladoras e controladas, não é, em si mesma, bastante para caracterizar ‘negócios de mútuo’. Há que investigar a natureza jurídica de cada operação objeto de lançamento na conta-corrente, separando aquelas que, realmente, espelham o mútuo.

Ademais, a evidência de que a recorrente era uma espécie de gestora de negócios com outorga das co-irmãs afasta a hipótese do art. 21 do Decreto-lei n. 2065/83.”

Também o acórdão n. 107-07173, de 11.6.2003, que aludiu expressamente ao contrato de conta-corrente, diferentemente de outros casos que giraram em torno da conta-corrente meramente contábil, embora sempre no mesmo sentido:

“IRPJ – CORREÇÃO MONETÁRIA – ART. 21 DO DL. 2065/83 – CONTA CORRENTE ENTRE EMPRESAS – CARACTERIZAÇÃO COMO MÚTUO – IMPROCEDÊNCIA DO

LANÇAMENTO – O mútuo, a teor do disposto no artigo 1256 do Código Civil, pressupõe o empréstimo de coisas fungíveis, não se caracterizando como tal a figura do contrato de conta corrente, mormente quando originado de operações mercantis.”

E também o acórdão n. 101-95392, de 22.2.2006, que fez o contraste entre mútuo e conta corrente, com os seguintes dizeres:

“NEGÓCIOS DE MÚTUO – Os negócios de mútuo não se confundem com o da conta-corrente ou qualquer movimentação financeira existente entre empresas ligadas que acuse débito ou crédito, ao teor do disposto no art. 1256 do antigo Código Civil Brasileiro e do art. 247 do Código Comercial Brasileiro.”

Por fim, mais recentemente, há o Acórdão 3101-001.094, julgado em 04.07.2013, no qual se reconhece também a distinção entre os dois contratos e a possibilidade da conta corrente ser utilizada para gestão de caixa:

IOF. RECURSOS DA CONTROLADA EM CONTA DA CONTROLADORA. CONTA CORRENTE. RAZÃO DE SER DA HOLDING. Os recursos financeiros das empresas controladas que circulam nas contas da controladora não constituem de forma automática a caracterização de mútuo, pois dentre as atividades da empresa controladora de grupo econômico está a gestão de recursos, por meio de conta-corrente, não podendo o Fisco constituir uma realidade que a lei expressamente não preveja. Recurso Voluntário Provido

Trata-se, pois, de um contraste que antiquíssimo, que apenas por um descuido técnico sofreu o lapso que verificamos atualmente.

Desse modo, não restam dúvidas que o Contrato de Conta Corrente não pode ser admitido na hipótese de incidência do IOF prevista no art.13 da Lei 9.779/99, por se tratarem de contratos típicos e absolutamente distintos entre si.

Estabelecido o regime jurídico do contrato de conta corrente e a clara inadmissibilidade da sua tributação por meio do IOF, resta agora analisar os elementos do caso concreto.

5. Do Caso Concreto

Na análise do caso, partiremos nossa análise do Termo de Verificação Fiscal de fls. 587 a 593, para verificar os fundamentos da atuação. Nele, o auditor consignou:

EMPRÉSTIMO CONCEDIDO PARA PESSOAS LIGADAS

*Dentro do grupo econômico, as empresas firmaram entre si Instrumentos Particulares de **Contrato de Abertura de Crédito em Conta Corrente**, com as seguintes características relevantes:*

a) prazo indeterminado de duração do contrato, permitida a rescisão unilateral mediante aviso com 30 dias de antecedência; e b) reciprocidade na concessão de crédito.

Encontrando-se uma empresa com dificuldade de caixa para honrar os compromissos, e havendo disponibilidade em outra

empresa, esta quita a obrigação da outra. A ora autuada registrou o mútuo em conta do ativo nº 12010102 – CREDITOS DE COLIGADA E CONTROLADAS – e respectivas subcontas.

Configurado o fato gerador de IOF, não foi encontrado pagamento, nem DCTF informando débito do respectivo imposto, nem Dcomp, nem parcelamento.

5) RAZÕES DO LANÇAMENTO

O mútuo concedido a empresas coligadas e controladas constitui fato gerador do IOF; e a legislação tributária confere ao mutuante o dever de reter e recolher o imposto incidente sobre as operações que realizar.

(...)

Por se tratar de empréstimos sem definição de prazo e de valor, a base de cálculo do IOF é o saldo devedor diário, inclusive nos dias não úteis, apurado mensalmente; a base de cálculo do adicional de IOF é o acréscimo diário do saldo devedor, também apurado mensalmente.

Verifica-se de pronto que o Auditor reconhece a existência de Contratos de Conta Corrente, apontando elementos típicos dessa forma contratual, inclusive elementos contábeis também característicos dessa modalidade de negócios, qual seja, o registro em conta corrente própria para cada coligada com quem mantém o contrato.

Além disso, o Auditor equipara as remessas entre as empresas a "empréstimos sem definição de prazo e de valor". Ora, repisemos o conceito de mútuo do Código Civil: "Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade." - a sua natureza real e seus caracteres típicos são incompatíveis com empréstimos sem definição de prazo e de valor!

Tão-só pela fundamentação do termo de verificação fiscal, evidencia-se uma confusão clara entre o que é um mútuo, além de ressaltar elementos nos contratos da Recorrente que nada tem a ver com elementos típicos de um contrato desta natureza, para ao final chegar à conclusão de que se trata de mútuo e, portanto, sujeito à incidência de IOF.

É preciso verificar as materialidades mais a fundo, analisando os contratos assinados e a movimentação contábil de remessas nas contas correntes.

A primeira cláusula dos contratos tem o seguinte teor:

CLÁUSULA PRIMEIRA: As partes abrem às outras um crédito rotativo em conta corrente em montante equivalente a R\$: 500.000,00 (Quinhentos Mil Reais) respeitadas, sempre as disponibilidades positivas de caixa da parte contratante que figurar como mutuante.

Parágrafo único: As importâncias liberadas por conta do crédito rotativo, ora aberto, serão contabilizados em conta corrente especial, a qual registrará, também as restituições parciais ou totais, as reutilizações e a atualização adiante contratada de modo que todas as movimentações sejam contabilizadas na aludida conta corrente.

Há a estipulação de que *as transações entre as duas empresas poderão ser contabilizadas em conta corrente até o limite de R\$ 500.000,00*, com a previsão de *registro em conta corrente própria* que agregue as partidas de débito e crédito. A cláusula seguinte traz o conteúdo abaixo:

CLÁUSULA SEGUNDA: É indeterminado o prazo de duração do presente contrato, podendo, todavia ser rescindido por qualquer uma das partes contratantes mediante aviso nesse sentido com 30 (trinta) dias de antecedência.

Parágrafo Primeiro: Vencido o prazo do aviso a parte contratante que tiver promovido a rescisão, liquidará o saldo devedor que porventura apresentar junto à outra parte contratante.

Parágrafo Segundo: O não cumprimento do disposto no parágrafo anterior implicará em juros, moratórios de 1% (Hum por cento) ao mês e multa de 20% (Vinte por cento), calculada sobre o montante atualizado pela UFIR.

Estipula-se que o *prazo do contrato seja indeterminado*, com a possibilidade de rescisão por aviso de uma das partes, e que após a rescisão deverá ocorrer a *liquidação*, inclusive com a previsão expressa de que *os juros correrão apenas da liquidação*, e não de cada uma das remessas.

Ora, contratualmente falando, não há qualquer dúvida de que se trate de um contrato de conta corrente, presentes os elementos típicos, desde da convenção acerca da abertura de uma conta corrente, até a adoção de prazo indeterminado (extremamente comum nessa espécie de contrato, conforme lição de Gianinni e Lacerda), com a previsão de liquidação ao final, para definir quem será credor e devedor, e somente à partir daí contando-se juros.

De outro giro, *o contrato não guarda qualquer semelhança com um contrato de mútuo*, não carreando qualquer de seus elementos essenciais: i) não há coisa fungível e determinada sendo emprestada; ii) não há prazo de restituição; iii) não há previsão de contagem de juros à partir da entrega do valor ou bem. E mais, tratando-se de mútuo, sequer haveria necessidade de liquidação, vez que o objeto do mútuo deve ser determinado contratualmente para viabilizar a sua restituição por *coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade*.

Aprofundando a análise fática, certamente devemos descer às minúcias operativas, à partir da análise da contabilidade das empresas. Analisando minuciosamente a documentação contábil de fls. 176 a 325, verifica-se que o registro das contas correntes apresenta tanto débitos quanto créditos, o que demonstra que há a movimentação recíproca entre a Recorrente e suas coligadas.

O fato de ocasionalmente *alguns* (uma minoria, diga-se) dos lançamentos serem registrados como "mútuo" não faz com que a remessa assuma automaticamente natureza de mútuo! Como diria Michel de Montaigne, "*il y a le nom et la chose; le nom, c'est une voix qui remerque et signifie la chose; le nom, ce n'est pas une partie de la chose ny de la substance, c'est une piece estrangere jointe à la chose, et hors d'elle*" (Em tradução livre: Há o nome e há a coisa, o nome é uma voz que representa e significa a coisa; o nome não é uma parte da coisa nem sua substância, é uma peça estrangeira ligada à coisa, mas fora dela).

Não basta a simples menção na partida contábil a um mútuo para que a operação se materialize instantaneamente - sobretudo quando as evidências contratuais demonstram o contrário, tratar-se de remessas operados no bojo de um contrato de conta corrente.

Verifica-se, pois, tratar-se de contratos de conta corrente regularmente realizados, utilizando-se de documentos contratuais com cláusulas características desse tipo de operação.

Caso pretenda-se aqui falar em dissimulação, é preciso que três coisas sejam lembradas.

Em primeiro lugar, o parágrafo único do art.116 do CTN, instrumento próprio para requalificação de fatos decorrentes de dissimulação, está carente de regulamentação legal para que seja procedimentalizado, impedindo a sua realização:

*Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, **observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.***

Além disso, o Fiscal não trouxe em sua motivação do ato qualquer referência ou indício de que houvera simulação ou dissimulação, figuras de Direito Civil que demandam um ônus probatório acerca de um vício de causa ou de vontade (a depender da assunção de uma teoria voluntarista ou causalista da simulação), o que não ocorre de forma alguma.

Em terceiro lugar, trata-se de um contrato típico e que, se realizado em plena consonância com o direito privado e seus requisitos, deve ser respeitado pelo Direito Tributário, independente dos seus efeitos implicarem na redução do tributo a ser pago, mas por força do art.109 do CTN.

O que há, em rigor hermenêutico, é pura e simples analogia na qualificação dos fatos verificados no fiscalização, procedimento este vedado para que se dê a exigência de tributo não previsto em lei, como de resto já foi devidamente explorado.

Desse modo, pelas razões acima delineadas, dou PROVIMENTO INTEGRAL ao Recurso Voluntário do Contribuinte, para excluir a incidência de IOF sobre contratos de conta corrente.