



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10166.722359/2018-30
ACÓRDÃO	3401-013.397 – 3ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	25 de julho de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTES	VIA ENGENHARIA S.A. FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 31/01/2013 a 31/12/2015

IOF. AUSÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO. DECADÊNCIA.

Ausente movimentações contábeis-financeiras pelo sujeito passivo, e de provas pela fiscalização em relação as operações de crédito para que se confirme a efetiva data da obrigação, a contagem do prazo decadencial previsto no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional terá como termo inicial a data da entrega ou disponibilização do valor pelo mutuante.

Decadência reconhecida de ofício.

INCIDÊNCIA DE IOF-CRÉDITO NAS OPERAÇÕES DE MÚTUO ENTRE COLIGADAS. POSSIBILIDADE. POSICIONAMENTO DO STF NO RE nº 590.186/RG.

O STF no julgamento do RE nº 590.186/RG decidiu pela constitucionalidade do art. 13 da Lei 9.779/99 que prevê a exigência de IOF sobre operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre empresas coligadas, interligadas, controladoras e controladas. Lançamento parcialmente mantido.

MÚTUO. CONTA CORRENTE. CONSÓRCIO. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA.

Não há incidência do IOF/Crédito sobre o fluxo financeiro decorrente da participação em Consórcio ou em Sociedade de Conta de Participação (SCP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso de Ofício e, dar provimento ao Recurso Voluntário, reconhecendo a decadência atinente a Conta nº 121101010013 do crédito tributário e no mérito cancelando os demais lançamentos em relação às Contas (A) 121101010001 e (b) 121101010011.

(documento assinado digitalmente)

Ana Paula Pedrosa Giglio - Presidente-substituta

(documento assinado digitalmente)

Laercio Cruz Uliana Junior – Redator *Ad Hoc* e Vice-presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Celso Jose Ferreira de Oliveira, Laercio Cruz Uliana Junior, Luiz Felipe de Rezende Martins Sardinha (suplente convocado(a)), Mateus Soares de Oliveira, George da Silva Santos, Ana Paula Pedrosa Giglio (Presidente), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente(s) o conselheiro(a) Leonardo Correia Lima Macedo, substituído (a) pelo(a) conselheiro(a) Luiz Felipe de Rezende Martins Sardinha.

Em função de não mais compor o colegiado a Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa (relatora original), o redator *ad hoc* designado, Conselheiro Laércio Cruz Uliana Junior, serviu-se das minutas de ementa, relatório e voto inseridas pelo relator original no diretório oficial do CARF.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recurso Administrativo Voluntário e Recurso de Ofício (remessa necessária) contra o Acórdão nº 14-91.369, da 14ª Turma da extinta DRJ de Ribeirão Preto que, por unanimidade de votos, julgou parcialmente procedente a impugnação da empresa VIA ENGENHARIA S.A., para afastar o IOF sobre os contratos para constituição de consórcios e de Sociedade em Conta de Participação, devidamente provados nos autos. Recebeu o Acórdão a seguinte ementa:

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

Período de apuração: 31/01/2013 a 31/12/2015

MÚTUO. DECADÊNCIA. SALDOS DEVEDORES. O marco inicial para a contagem do prazo decadencial na hipótese de tributação de saldos devedores de operações de mútuo é a materialização desses saldos e não a operação de empréstimo em si.

DECADÊNCIA. INÍCIO DO PRAZO. RECOLHIMENTOS. Os pagamentos de tributo que servem como marco inicial para a contagem do prazo decadencial são aqueles relacionados com os fatos geradores levados ao Auto de Infração e não recolhimentos genéricos desvinculados do tributo exigido no lançamento.

IOF. MÚTUO FINANCEIRO. INCIDÊNCIA. Sujeitam-se à incidência do IOF as operações de crédito correspondentes a mútuo financeiro entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, ainda que sob a forma de conta corrente, hipótese na qual serão tributados os saldos apurados na conta.

MÚTUO. CONTA CORRENTE. CONSÓRCIO. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. Não há incidência do IOF/Crédito sobre o fluxo financeiro decorrente da participação em Consórcio ou em Sociedade de Conta de Participação (SCP).

LANÇAMENTO. MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Para relatar de forma clara e precisa os fatos desencadeados até o referido Acórdão, adoto seu Relatório:

Trata-se de Auto de Infração do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros, fls. 123/132, que constituiu o crédito tributário total de R\$ 47.708.869,54, somados o principal, multa de ofício e juros de mora calculados até 30/04/2018.

No Termo de Verificação, e-fls. 133/146, a autoridade fiscal assim contextualiza a constituição do crédito tributário:

Com base em informações prestadas pela empresa fiscalizada em suas ECF - Escrituração Contábil Fiscal - relativamente aos fatos ocorridos nos anos calendário 2013, 2014 e 2015, verificou-se que houve variação no saldo da contas contábeis que compõem o grupo que controla operações com partes relacionadas (contas do grupo 121101 - CRÉDITO COM PESSOAS LIGADAS), denotando a realização de possíveis operações de crédito que ensejariam, em tese, a incidência de IOF.

A contribuinte não realizou, para os anos calendário 2013, 2014 e 2015, pagamentos de IOF e tampouco entregou DCTF com confissão de débitos desse tributo.

...

Por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 01/2017 datado de 22/03/2017, documento juntado às fls. 25 a 26, esta fiscalização requereu à contribuinte a apresentação de relação de todas as contas contábeis utilizadas para controle de repasse de recursos financeiros a partes ligadas/relacionadas/empresas do grupo (conta corrente e mútuos), prestando os esclarecimentos necessários quanto aos valores (saldos, débitos e créditos) registrados em tais contas – para os anos calendário

2013, 2014 e 2015, devidamente acompanhados da documentação comprobatória, incluindo: originais e cópias dos contratos de empréstimo/mútuo relacionados aos mencionados valores, informando ainda, para cada contrato: a) número identificador; b) data de início; c) período de vigência; d) nome e NI (CNPJ/CPF); e) tipo de mútuo (definido ou conta corrente); f) saldo no início do período com datas e valores emprestados/recebidos diariamente; g) demonstrativo contendo base de cálculo apurada, alíquota utilizada e IOF devido; cópia de Darf relativos aos recolhimentos do IOF; Cópia das DCTF onde constam declarados os débitos de IOF – de 01/01/2013 a 31/12/2013, 01/01/2014 a 31/12/2014 e de 01/01/2015 a 31/12/2015; relatório separando os lançamentos contábeis que se referem ao controle dos contratos de mútuo ou conta corrente dos demais lançamentos contábeis, acompanhado da respectiva documentação comprobatória (originais e cópias), e; descrição, de forma detalhada, de como se deram os lançamentos contábeis referentes ao controle dos contratos de mútuo ou de conta corrente.

...

Em resposta datada de 10/04/2017, documento juntado às fls. 28 a 29, a contribuinte informa que as "contas contábeis utilizadas para registros dos eventos financeiros do mesmo grupo empresarial que menciona o TIF 01, são as contas relacionadas a seguir (a) 121101010011 - 12399 - Via Empreend. - Tesouraria; e (b) 111306010003 - 09564 - Via Empr. Imobiliários S/A - Carteira; sendo certo que os saldos, débitos e créditos dessas contas poderão ser obtidos diretamente da escrituração digital que já encontra-se em poder da RFB".

Infoma ainda que "não existem contratos de mútuo, pois, conforme menciona o TIF 01 trata-se de empresas do mesmo grupo econômico, não havendo necessidade de entabular tal ato jurídico para que haja os referidos aportes".

Relativamente a eventual recolhimento de IOF, aduz que "não existe DARF relativo ao recolhimento de IOF, pois, tal como gravado acima, tratam-se de empresa do mesmo grupo econômico que menciona o TIF 01".

Em continuidade ao procedimento, esta fiscalização lavrou o Termo de Intimação Fiscal nº 02/2017 datado de 26/04/2017, documento juntado às fls. 30 a 32. Por intermédio do mencionado Termo, determinou-se que a contribuinte esclarecesse a natureza jurídica das contas do ativo abaixo relacionadas do sub grupo do código 121101 (CRÉDITO COM PESSOAS LIGADAS), informando especificamente se os débitos e créditos representam efetiva entrada e saída de recursos financeiros. Devendo ainda informar a motivação da criação das contas e a necessidade de sua movimentação mensal.

...

Em atenção ao mencionado Termo de Intimação, a contribuinte apresentou resposta datada de 15/05/2017, documento juntado às fls. 34 a 39, por meio da qual informa que "em relação às contas 121101010001 - Interveniência Financeira - e conta 121101010009 - Interveniência Financeira - Consórcios -, tratam-se de contas transitórias, que recebem lançamentos meramente para zeramento de nossos projetos (centro e custos)".

Relativamente à conta contábil de número 121101010013 - NW Empreendimentos Imobiliários S.A -, a contribuinte informa que "trata-se de uma empresa que nos pertencia, entretanto hoje não nos pertence mais, ademais, no período em questão (2013, 2014 e 2015) não houve nenhuma movimentação".

No que se refere à conta contábil de número 121101010016 - Via Engenharia/SPE, a contribuinte aduz que se trata de "integralização de capital, lançado erroneamente nesta conta, e posteriormente corrigido".

Finalmente, relativamente a todas as demais contas contábeis, é categórica ao informar "são consórcios nos quais participamos e tratam-se apenas de aportes de capital para execução normal de obras, havendo o retorno quando faturado e recebido pelo consórcio".

Sendo assim, restou encerrada a instrução relativamente à investigação da natureza das contas contábeis que registram créditos e débitos com partes relacionadas.

Acerca dessa instrução, evidencia-se, primeiramente, que a contribuinte admite de forma expressa que as contas 121101010011 - 12399 - Via Empreend. - Tesouraria; e (b) 111306010003 - 09564 - Via Empr. Imobiliários S/A - Carteira são utilizadas para registros dos eventos financeiros do mesmo grupo empresarial.

Admite ainda que a conta contábil de número 121101010013 - NW Empreendimentos Imobiliários S.A contabilizou débitos e créditos com "uma empresa que nos pertencia, entretanto hoje não nos pertence mais, ademais, no período em questão (2013, 2014 e 2015) não houve nenhuma movimentação".

Relativamente à conta de número 121101010013 - NW Empreendimentos Imobiliários S.A, de fato, para o período fiscalizado, não houve movimentação de débitos e de créditos. Mas há, já no primeiro dia do ano-calendário do ano de 2013, um saldo devedor do montante de R\$ 4.407.240,64, saldo que se mantém inalterado até o fim do período fiscalizado (31/12/2015). Denotando, portanto, a existência de direito da fiscalizada para com a outra empresa.

Relativamente às demais contas que compõem o grupo de contas do código 121101 (CRÉDITO COM PESSOAS LIGADAS), para as quais a contribuinte

informou que se tratavam de registros de aportes de capital para execução normal de obras para consórcios dos quais participou, havendo o retorno quando faturado e recebido pelo consórcio, com exceção da apresentação da documentação relativa aos consórcios BH Metro; Aeroporto de Goiânia; Centro Administrativo de MG; Centro Administrativo do Governo do Distrito Federal; BRT Eixo Sul e Estádio Nacional de Brasília, a contribuinte restou omissa na apresentação de documentação idônea que comprovasse o alegado.

Sendo assim, de fato, a contribuinte não se desincumbiu da obrigação de apresentar a documentação de comprovasse que os lançamentos ali constantes não constituem registro de movimentação financeira com partes relacionadas que dão ensejo à tributação de Imposto sobre Operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários - IOF.

Isso posto, não resta sombra de dúvida de que as operações a débito registradas nas demais contas contábeis (contas do ativo), abaixo relacionadas, são verdadeiros controles de transferência financeira a terceiros (partes relacionadas), dando causa, portanto, a fatos gerados de IOF: (...).

Nesse sentido, a lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional –CTN), no inciso I do art. 63, definiu o fato gerador do IOF, no que se refere às operações de crédito, como sendo a entrega total ou parcial do montante objeto da obrigação ou a sua colocação à disposição do interessado.

Já o caput do art. 13 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, estendeu a incidência do IOF para as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas, ainda que não financeiras, ou entre pessoa jurídica e pessoa física. Por sua vez, o §2º do mesmo art. 13 determina que o responsável pelo recolhimento do IOF de trata o artigo é a pessoa jurídica que conceder o crédito (...).

...

Sendo assim, conclui-se, após a análise das legislações acima, que a incidência do IOF sobre operações correspondentes a mútuo/transferências financeiras exige somente a entrega ou a disponibilização do recurso financeiro pela pessoa jurídica mutuante, independentemente da forma pela qual ela se deu, se por meio de contrato de mútuo (unidirecional) ou por meio de contrato de conta corrente (bidirecional, para registrar a movimentação de recursos financeiros que transitam reciprocamente entre as empresas).

Assim, para fins da incidência do imposto instituída pelo art. 13 da Lei nº 9.779, de 1999, as operações realizadas pela fiscalizada, nos anos

calendário 2013, 2014 e 2015, sujeitam-se à incidência do IOF, por corresponderem a operações de crédito decorrentes de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas distintas, ainda que pertencentes ao mesmo grupo empresarial, uma vez que presentes os atributos inerentes a essa espécie de empréstimo.

...

A base de cálculo do IOF, nos termos do mencionado Decreto, consistiu-se pelo somatório dos saldos devedores diários, apurados no último dia de cada mês – tendo por base os registros contábeis das mencionadas contas representativas do ativo, conforme dispõe o art. 7º, inciso I, alínea “a”, do Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, com a incidência, sobre esse montante, das alíquotas previstas no mesmo art. 7º do mesmo Decreto (...).

Além das alíquotas normais descritas no parágrafo acima, haverá sobre as operações de crédito a aplicação da alíquota adicional de 0,38% (trinta e oito centésimos por cento) incidente no momento da contratação do crédito (momento da efetivação dos lançamentos a débito nas contas contábeis em questão), independentemente do prazo da operação, seja o mutuário pessoa física ou jurídica. Esse adicional consta no disposto no dispõe o art. 7º, §15º, do Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, incluído pelo Decreto nº 6.339/2008 (...).

Cientificada, a interessada apresentou Impugnação alegando, em síntese, que:

(...) no curso da ação fiscal a Impugnante apresentou farta documentação sobre consórcios dos quais faz parte e que constam de sua contabilidade em registros que a d. Fiscalização solicitou esclarecimentos que restaram prestados pela Impugnante.

Neste particular, ainda no curso da ação fiscal, por entender corretas as informações prestadas pela fiscalizada, a autoridade fiscal considerou que não cabia exigir IOF relativamente aos aportes em determinados consórcios que constam do Termo de Verificação Fiscal (TVF).

Entretanto, relativamente a algumas outras situações que também diz respeito a consórcios, apesar dos registros contábeis serem autoexplicativos e, ainda, a despeito dos esclarecimentos prestados pela fiscalizada que se tratava de aportes de capital em consórcios formados para execução normal de obras de engenharia, a Fiscalização expediu auto de infração por considerar que os registros contábeis ensejavam fato gerador do IOF.

Além disso, foram utilizados, equivocadamente, registros contábeis representativos de participação societária em Sociedades em Conta de Participação (SCP) e em Sociedades de Propósito Específico (SPE) para fins de caracterizar fato gerador do IOF.

Por se tratar de um procedimento em que o fisco efetuou somente três pedidos de esclarecimento, sendo apenas um deles versando sobre a forma de contabilização adotada pela empresa, fica evidente que a lavratura do auto de infração ocorreu de forma muito precipitada.

Ao invés de verificar que as contas contábeis eram autoexplicativas e bastante suficientes para demonstrar que se tratava de aportes em consórcios e em SCP e SPE, portanto relativas a eventos fora do campo de incidência da tributação, optou-se pela autuação com base em “indícios da irregularidade no IOF”, conforme restou consignado à f. 2 do auto de infração.

Neste contexto, importante destacar que os próprios registros contábeis utilizados como base do auto de infração são provas suficientes para demonstrar que se tratava de apenas e tão somente de aportes de capital. Nada mais que isso!

...

O procedimento fiscal precário afastou toda a verdade material contida em provas apresentadas pela Impugnante em resposta a um único termo de fiscalização do qual se buscou justificativas à Impugnante quanto a forma de contabilização adotada e solicitadas cópias de atos constitutivos de consórcios, aliadas aos fundamentos e demais provas que ora se apresenta.

...

Definitivamente, em se tratando de IOF, não existe espaço legal para o fisco lavrar auto de infração com base em meros indícios de irregularidade ou com base em presunção de fato gerador tributável.

...

A hipótese de incidência tributária é a possibilidade de aplicação de norma tributária a caso concreto, sendo de suma importância pelo fato de que somente haverá hipótese de incidência tributária, caso houver a perfeita subsunção entre norma e fato ocorrido no mundo fenomênico.

...

Quando da intimação da Impugnante do Termo de Intimação Fiscal nº 02/2017, a auditoria fiscal solicitou esclarecimento acerca de diversas contas do ativo, relacionadas do subgrupo do código 121101 (crédito com pessoas ligadas), bem como explicações dos motivos para a criação das contas e os motivos para sua movimentação mensal.

A Impugnante, respondeu aos questionamentos fiscais, destacando em especial que “no que tange as demais contas, são consórcios nos quais participamos e tratam-se apenas de aportes de capital para execução normal de obras, havendo o retomo quando faturado e recebido pelo consórcio.” Naquele momento, por ter a fiscalização informado que havia

acessado a contabilidade digital da contribuinte, entendeu a Impugnante que os esclarecimentos prestados eram suficientes para elucidar o assunto.

No que tange aos consórcios cabe destacar que os mesmos foram constituídos regularmente e encontram previsão no art. 278 e 279 da Lei nº 6.401/76 (Lei das Sociedades Anônimas), que possibilita que “companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento”, sendo que o “consórcio não tem personalidade jurídica”. Neste particular a questão é absolutamente incontroversa!

...

Ocorre que a d. Fiscalização incorreu no equívoco de excluir da tributação do IOF tão somente as contas de consórcios que a Impugnante apresentou a cópia do contrato de constituição do referido contrato, mantendo a exigência de diversas outras contas de consórcio que igualmente não poderiam sofrer a tributação de IOF, posto que não representam operações de crédito, tampouco de empréstimo ou de mútuo na forma que sugere o auto de infração.

...

Como é notório, os aportes financeiros em consórcios não são operações de crédito e sequer de mútuo, uma vez correspondem tão somente a uma forma de integralização de capital pelas empresas consorciadas, visando executar o empreendimento para o qual o consórcio foi constituído.

Além dos aportes financeiros em consórcios representarem meras integralizações de capital por parte da empresa consorciada, é preciso destacar que os consórcios não possuem personalidade jurídica, tanto que a contabilização do consórcio é feita diretamente pela consorciada líder do empreendimento nos termos de regras contábeis aplicáveis a espécie.

No presente caso, a Impugnante utilizou recursos próprios na execução das obras dos consórcios, na proporção de sua participação, sendo que as outras demais empresas consorciadas empregam igualmente seus recursos, em união de esforços, para execução da obra para a qual o consórcio foi constituído, ou seja, não há nenhum tipo de empréstimo ou de mútuo de recursos ao consórcio, o que é corroborado pelo fato de que este não tem personalidade jurídica própria.

...

No que tange às Sociedades em Conta de Participação (SCP e Sociedades de Propósito Específico (SPE), o auto de infração relacionou ainda várias dessas sociedades para fazer incidir a tributação do IOF.

Ocorre que ao entendimento da Impugnante, tal como ocorreu no lançamento das contas contábeis de consórcios, não há que se falar em

tributação de IOF sobre os aportes promovidos em tais SCP e em SPE, pois trata-se de recursos destinados para formação de capital dessas sociedades, de modo que os aportes realizados não estão sujeitos ao IOF, conforme se observa da leitura do Art. 13 da Lei nº 9.779/999 e do Art. 2º, inciso I, letra “c” e Art. 3º, § 3º, inciso III, do Decreto nº 6.306/2007.

Assim, não há nenhum tipo de empréstimo ou mútuo entre a Impugnante e as SCP e as SPE em que participa, uma vez que, por atuar como sócia dessas sociedades, recebe lucros ou sofre prejuízos em face dos resultados apurados na contabilidade das respectivas sociedades.

...

No presente processo, mesmo ciente de que as contas contábeis se reportavam a consórcios, SCP e SPE, isto porque consultou a contabilidade digital da empresa, o fisco fez incidir, equivocadamente, o IOF sobre aportes de recursos destinados à formação do capital necessário para a executar os empreendimentos que a Impugnante teve ou tem participação.

...

Por outro lado, considerando que o Termo de Verificação Fiscal não especificou adequadamente a relação das contas contábeis com os respectivos tipos de entidades (Consórcios, SCP e SPE) mencionadas no presente tópico, a Impugnante considerar contestado toda exigência que recaí sobre as seguintes contas:

(...)

...

No que se refere à exigência do IOF sobre os valores constantes da conta contábil 121101010013 - NW Empreendimentos Imobiliários S/A, cabe destacar que se trata de uma cobrança absolutamente infundada, pois, desde dezembro de 2011, os aportes até então realizados na referida empresa se transformaram em ações representativa de capital em favor da Impugnante, conforme os assentos contábeis da NW Empreendimentos Imobiliários S/A (...).

Como se vê, trata-se de uma questão bastante simples: desde dezembro de 2011, a Impugnante que era credora tornou-se acionista da NW Empreendimentos Imobiliários S/A. Também a tributação do IOF sobre essa situação poderia ter sido evitada caso ação fiscal não tivesse sido concluída de forma tão precipitada.

Da Inexistência de Mútuo/Transferência Relativamente às Contas (A) 121101010001 – Interveniência Financeira e (B) 121101010011 – Via Empreend. - Tesouraria

...

Conforme se pode apurar, a tributação se fez incidir sob o argumento de existência de mútuos realizados pela Impugnante, sem descrever adequadamente o auto de infração quais seriam as empresas beneficiárias dos presumidos mútuos.

Embora a auto de infração tenha listados duas contas contábeis para fazer incidir o IOF, efetivamente não houve a adequada fundamentação conforme exige o Art. 9º do Decreto nº 70.235/72, de modo que nesse particular o ato de infração carece de validade.

...

E como já descrito nos tópicos anteriores, também aqui não houve nenhuma operação de mútuo/transferência que possa ser caracterizado através das contas representativas de ativo que foram indevidamente tributadas.

O contrato de mútuo encontra previsão no art. 586 do Código Civil, que assim defini e instituiu: 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. No presente caso, não há qualquer empréstimo de coisa fungível (no caso dinheiro), tampouco existência de mutuário, o que conseqüentemente leva a conclusão de não haver obrigação de restituir algo.

...

Mais uma vez é preciso ressaltar que o fisco apenas colheu os saldos das contas contábeis e a partir disso apurou o imposto que considerou devido, com manifesta descon sideração aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e da finalidade, dentre tantos outros afetos aos agentes públicos.

Ademais, além de presumir indevidamente como mútuo/transferência o saldo das referidas contas contábeis, o fisco deixou de considerar relevante informação constante das demonstrações financeiras publicadas em jornais (f. 20) no sentido de que se referiam basicamente a saldo a receber da Via Empreendimentos Imobiliários S. A., decorrentes de transações imobiliárias e considerados como conta corrente entre as Empresas do Grupo das Companhias terem o mesmo acionista controlador.

...

Assim, com essas considerações e em face do princípio da verdade material já referido na presente Impugnação, resta claro que o saldo contábil mantido entre Via Engenharia e Via Empreendimentos traduzem uma espécie de contrato de conta corrente, portanto um instituto autônomo em relação ao mútuo de recursos financeiros de que trata o Art. 13 da Lei nº 9.779/99 e demais normas legais inerentes ao IOF.

A impugnante ainda atribui ao lançamento os vícios de falta de certeza quanto ao crédito constituído, decorrente da desconsideração dos seus registros contábeis e societários. Questiona, ainda, a utilização de presunção como base para o lançamento.

Continua:

Em que pese os argumentos outrora expostos demonstrem a improcedência total do presente lançamento em face da inexistência de fato gerador de IOF, a Impugnante chama atenção para a decadência dos fatos geradores ocorridos antes de 11/04/2013.

Com efeito, a Impugnante destaca a existência de recolhimento de tributos federais, que podem ser verificados no Balanço Patrimonial publicado no Diário Oficial e constante às fls. 17/21 do processo, de modo que é possível a aplicação do instituto da decadência tributária prevista no Art. 150, § 4º, do CTN.

Sabendo-se de antemão que a contribuinte realizou as atividades previstas no referido disposto do CTN, pede-se desde já decretação da extinção dos créditos referente aos fatos geradores ocorridos antes de 11 de abril de 2013, conforme a consolidada jurisprudência do Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Sustenta também a inaplicabilidade dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Diante dos argumentos construídos pela defesa, o julgamento foi convertido em diligência por meio da Resolução nº 4.746, de 27 de agosto de 2018, para que a autoridade jurisdicionante verificasse os documentos trazidos na impugnação e sobre eles se manifestasse.

Resultou do procedimento solicitado o Termo de Encerramento de Diligência Fiscal em que a autoridade fiscal informa a admissão de alguns dos contratos apresentados como tendo natureza de Consórcios, tendo opinado pela exclusão de seus fluxos financeiros da base da autuação. Por outro lado, outros não teriam cumprido os requisitos para serem assim reconhecidos. Da mesma forma, não reconheceu às Sociedades em Conta de Participação e Sociedades de Propósito Específico constituídas falta de personalidade jurídica, indicando pela manutenção das respectivas autuações.

Voltando aos autos, a impugnante concorda com a fiscalização quanto aos contratos admitidos e contesta aqueles que não o foram.

Após, tornaram os autos para prosseguimento.

Intimada do Acórdão que cancelou parte do lançamento, a Recorrente protocolizou Recurso Administrativo Voluntário arguindo, em síntese:

iii. Do Mérito:

- a. Da Impossibilidade de Exigir IOF Relativamente à Conta 121101010013 - NW Empreendimentos Imobiliários S/A
- b. b. Da Inexistência de Mútuo/Transferência Relativamente às Contas (A) 121101010001 – Interveniência Financeira e (b) 121101010011 – Via Empreend. - Tesouraria

É o relatório.

VOTO

Laércio Cruz Uliana Junior - Redator *Ad Hoc*

Como redator ad hoc, sirvo-me da minuta de voto inserida pelo relator original no diretório oficial do CARF, reproduzida a seguir o voto da Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa:

Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa, Relatora.

1. Exame de Admissibilidade dos Recursos de Ofício e Voluntário.

Extrai-se do Acórdão Recorrido o seguinte resultado:

Conclusão

Pelo exposto, voto pela procedência parcial das exigências do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros, para excluir as parcelas identificadas como indevidas, conforme Anexo I. Observe-se que o montante exduído é a soma dos valores indevidos apurados no procedimento de diligência e dos julgados improcedentes no presente voto.

Anexo I

Período	Exigido	Excluído	Mantido	% Multa
31/01/2013	386.445,07	299.235,28	87.209,79	75
28/02/2013	351.690,35	272.996,53	78.693,82	75
31/03/2013	243.471,06	152.278,88	91.192,18	75
30/04/2013	332.975,93	203.027,11	129.948,82	75
31/05/2013	425.323,14	204.882,54	220.440,60	75
30/06/2013	400.037,81	205.507,29	194.530,52	75
31/07/2013	363.671,76	212.604,43	151.067,33	75
31/08/2013	394.548,55	225.858,23	168.690,32	75
30/09/2013	379.031,25	203.592,20	175.439,05	75
31/10/2013	412.388,81	228.712,72	183.676,09	75
30/11/2013	450.627,23	234.886,51	215.740,72	75
31/12/2013	487.974,36	234.731,31	253.243,05	75
31/01/2014	547.502,31	342.555,03	204.947,28	75
28/02/2014	602.672,98	312.305,06	290.367,92	75
31/03/2014	572.042,34	331.423,02	240.619,32	75
30/04/2014	553.666,39	304.803,54	248.862,85	75
30/05/2014	643.060,23	288.442,21	354.618,02	75
30/06/2014	574.845,34	276.333,62	298.511,72	75
31/07/2014	605.784,34	252.173,41	353.610,93	75
29/08/2014	807.342,04	367.316,06	440.025,98	75
30/09/2014	722.875,48	377.798,02	345.077,46	75
31/10/2014	689.641,12	354.329,21	335.311,91	75
28/11/2014	781.566,10	352.354,51	429.211,59	75
31/12/2014	792.995,78	392.146,48	400.849,30	75
30/01/2015	801.665,17	417.222,21	384.442,96	75

27/02/2015	717.610,77	352.431,17	365.179,60	75
31/03/2015	768.842,31	362.710,69	406.131,62	75
30/04/2015	738.809,89	341.127,80	397.682,09	75
29/05/2015	833.290,57	344.908,80	488.381,77	75
30/06/2015	795.033,86	343.260,64	451.773,22	75
31/07/2015	807.226,80	371.462,10	435.764,70	75
31/08/2015	875.241,41	406.049,89	469.191,52	75
30/09/2015	794.717,35	385.494,42	409.222,93	75
30/10/2015	847.302,41	420.298,94	427.003,47	75
30/11/2015	870.428,50	437.050,65	433.377,85	75
31/12/2015	975.745,17	438.078,73	537.666,44	75
Totais	22.348.093,98	11.250.389,26	11.097.704,72	

Em vigor desde 01/02/2023, a Portaria nº 2 do Ministério da Economia de 18/01/2023, alterou o limite de alçada para interposição do Recurso de Ofício de R\$ 2,5 milhões para R\$ 15 milhões de reais, sendo considerado para fins de conhecimento, o valor exonerado pela DRJ na data de apreciação do Recurso pelo CARF, segundo o teor da Súmula CARF nº 103:

Súmula CARF nº 103. Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância.

O Recurso de Ofício mostra-se, portanto, admissível.

Igualmente o Recurso Voluntário, eis que protocolado dentro do prazo legal, em 17/06/19 (intimação AR em 17/05/2019), e carreada com os instrumentos de representação processual.

Logo, conheço dos Recursos.

2. Do Recurso de Ofício.

Dadas as peculiaridades do caso e com base nas provas produzidas pela empresa na fase de impugnação, a DRJ decidiu pela conversão do julgamento em diligência para que a Unidade de Origem procedesse aos seguintes atos (Resolução nº 14-746 – e-fl. 1.603):

Na impugnação, a contribuinte repisa seus argumentos e os faz acompanhar de vários contratos a título de prova.

Não obstante, o exame dos contratos apresentados não permite, em alguns casos, o perfeito acoplamento entre eles e as contas contábeis objeto do auto, demandando eventual coleta de elementos complementares e/ou esclarecimentos por parte da autuada.

Na medida em que a fiscalização não teve acesso a essa documentação no correr da auditoria e que acatou os contratos que lhe foram apresentados, voto pela conversão do julgamento em diligência para que a autoridade jurisdicionante:

- a) manifeste-se acerca dos contratos trazidos junto com a impugnação;**
- b) defina eventuais efeitos dos documentos sobre os fundamentos da autuação;**
- c) defina eventuais efeitos sobre o crédito constituído.**

No desempenho desse procedimento, fica a critério da autoridade solicitar documentos e/ou esclarecimentos suplementares.

Feito isso, deve ser dada ciência à contribuinte para que, querendo, complemente a impugnação. Daí, retornem os autos para prosseguimento.

Encerrada a diligência, houve comprovação pela Recorrente quanto à existência de Consórcios nos moldes da Lei nº 6.404/76, para parte dos valores transacionados com empresas ligadas e, por isso a Autoridade Fiscal decidiu por cancelar o IOF sobre tais operações, justificando:

De fato, esta fiscalização entende que as transferências financeiras a Consórcios criados nos termos dos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/76 não constituiriam base de cálculo de IOF, eis que tais dispositivos legais deixam claro que o Consórcio criado nesses termos não possui personalidade jurídica:

[...]

Nesse sentido e seguindo o mesmo critério adotado para o lançamento original, uma vez apresentados os documentos que comprovam a constituição de Consórcio para execução de obras de engenharia e que tais consórcios

tenham sido constituídos fazendo referência expressa aos ditames da Lei nº 6.404/76, considera-se que as transações financeiras ocorridas entre a contribuinte e tais consórcios não constituem fato gerador do IOF. Eis que, com base os arts. 278 e 279 da legislação supramencionada, tais Consórcios, são, efetivamente, desprovidos de personalidade jurídica.

Assim, conforme estabelecido nos §§ 1º e 2º do artigo 278 da Lei nº 6.404/1976, o Consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que por ventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de Consórcio.

Isso posto, apresentados em sede de impugnação os atos particulares que comprovam a constituição de Consórcios nos termos da Lei nº 6.404/76, a variação no saldo das contas contábeis baixo listadas NÃO devem compor o grupo de contas que registram operações com partes relacionadas (contas do grupo 121101 - CRÉDITO COM PESSOAS LIGADAS) que deram causa a incidência de IOF:

- 121101020649 - Cons. Saneamento Alto Tiete
- 121101020652 - Cons. Via Torc - BR 408
- 121101020657 - Cons. Construtor VLT
- 121101020666 - Cons. Queiroz Galvão
- 121101021672 - Cons. VIA/TORC
- 121101020674 - Cons. Boulevard IV
- 121101020678 - Cons. SEHAB Zona Sul
- 121101020681 - Consórcio Acauã - PB
- 121101020682 - Consórcio VIA/Brasília Guaíba
- 121101020692 - Consórcio Legado Brasília
- 121101021694 - Consórcio Conterc
- 121101022525 - Consórcio Torc Via Enecon
- 121101022526 - Consórcio Boulevard III
- 121101020329 - CEDAE-Cons. CBPO Via Carioca
- 121101020618 - DNIT - Cons. Via Torc
- 121101020624 - Cons. Aricanduva
- 121101020628 - Cons. Odebrecht Via GYN
- 121101020641 - Cons. Via OAS - TSE

- 121101020645 - Cons. Nova Sede do TRF

Concluída a diligência e apresentadas as considerações pela Recorrente, a DRJ não só acatou seu resultado como, ainda, decidiu pela exclusão do IOF sobre as contas contábeis nºs 121101020622 (Consórcios EXPOMINAS), 121101020658 (SCP ARRUDAS), e 121101020648 (CORDEIRO), assim motivando:

[...]

Tendo em vista o que dispõe a Lei nº 6.404, de 1976, é preciso verificar os contratos, tidos por constitutivos de consórcios, cujos fluxos financeiros continuaram subordinados à incidência do IOF após o procedimento de diligência.

a) Consórcio EXPOMINAS (documento juntado às fls. 1397 a 1400, cujo fluxo financeiro é controlado pela conta contábil nº 121101020622 – COMIG – Cons. Gameleira III Etapa)

O contrato explicita que é um instrumento de constituição de consórcio entre a autuada e a Construtora Barbosa Mello S/A., para as obras constantes de um edital público, define duração e endereço da sede, mas não indica foro. Da mesma forma são definidas obrigações e responsabilidades, bem como a forma de recebimento e partilha dos resultados. Embora não exista disposição expressa sobre a contabilização, pode-se presumir que a autuada, responsável pelo faturamento e recebimento, seja a responsável pelos registros contábeis. A previsão da existência de um Conselho Diretivo atende aos requisitos de administração e forma de deliberação.

Não há notícia sobre o arquivamento do contrato no registro de comércio, porém tal requisito não foi objeto de qualquer manifestação por parte da autoridade fiscal. Por outro lado, a contribuinte reafirma o cumprimento de tal requisito.

É de assinalar que a cláusula sétima expressa o compromisso de que o Consórcio não se constitui nem se constituirá em pessoa jurídica distinta de seus membros.

Nesse contexto, o documento representativo do Consórcio Expominas é de molde a permitir dele extrair que se trata efetivamente de uma entidade dessa natureza, afastando a incidência de tributação do IOF sobre os fluxos financeiros controlados na respectiva conta corrente.

b) Consórcio Obras do Sistema Sanitário Cordeiro – Recife/PE (documento juntado às fls. 1456 a 1461, cujo fluxo financeiro é controlado pela conta contábil nº 121101020648 - Consórcio Cordeiro.

O documento é um Instrumento Particular de Constituição de Consórcio entra a Delta Construções S.A., Via Engenharia S.A. e ECL Engenharia e Construções Ltda. para execução de obras definidas em edital público, que constituem, portanto, seu objeto. Estão definidos, também, duração, endereço, mas não foro. Existem cláusulas estipulando a participação das consorciadas nas

despesas, receitas e resultados, bem como sobre o recebimento de receitas e partilha de resultados. Da mesma forma, foram fixadas cláusulas sobre a administração, deliberação e contabilização.

Assim, o documento se amolda aos requisitos definidos na Lei das S/A para a formação de um consórcio, o que afasta a incidência do IOF de seus fluxos financeiros.

[...]

c) Consórcio SCP ARRUDAS (documento juntado às fls. 1025 a 1034, cujo fluxo financeiro é controlado pela conta contábil nº 121101020658 - Fundo Arrudas

Nesse caso, embora exista o termo “consórcio”, o contrato trata de Constituição da Sociedade em Conta de Participação ‘SCP ARRUDAS’. Portanto, não se trata de consórcio, sendo necessário pesquisar a natureza desse tipo de sociedade e seus efeitos sobre a autuação: (...)

O contrato em questão, além de expressamente ter por natureza a formação de uma SCP, estabelece os sócios ostensivos e participante, suas obrigações e direitos, e diz-se sem personificação, atendendo o tipo jurídico.

[...]

Nesses termos, comprovada a constituição de uma SCP, o fluxo financeiro controlado na respectiva conta há de ser afastado da autuação, uma vez que trata-se de recursos destinados a entidade sem personalidade jurídica e cuja finalidade é a constituição de capital social.

Decisão irreparável.

Sem delongas, a própria Autoridade Fiscal afirma que os fluxos financeiros efetuados na Constituição de Consórcio não atraem o IOF, de acordo com os arts. 278 e 279 da lei das sociedades anônimas que disciplinam a sociedade em cota de participação:

De fato, esta fiscalização entende que as transferências financeiras a Consórcios criados nos termos dos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/76 não constituiriam base de cálculo de IOF, eis que tais dispositivos legais deixam claro que o Consórcio criado nesses termos não possui personalidade jurídica: (...)

Assim, a formalidade exigida pela Autoridade Fiscal, a exemplo do arquivamento do contrato no registro de comércio, que nem sequer foi ventilado na ocasião do lançamento, não impede a identificação da natureza contratual, como bem exposto pela DRJ anteriormente.

Portanto, não se discutiu o direito da Recorrente em relação à incidência do IOF nas operações financeiras para SCP e SPE, mas, sim, a existência ou não de provas acerca de sua Constituição que, por sua vez, restaram demonstradas.

No que diz respeito ao direito material, o posicionamento adotado pela DRJ é, inclusive, análogo ao deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, cabendo citar:

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

Ano: 2008, 2009

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA 2 DO CARF. APLICAÇÃO.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se manifestar sobre a inconstitucionalidade de normas, havendo expressa vedação no art. 26 do Decreto nº 70.235/72. De conformidade com a Súmula CARF nº 2, este Colegiado não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

OPERAÇÕES DE CRÉDITO. MÚTUO. MUTUÁRIAS SITUADAS NO EXTERIOR.

As operações de créditos concedidas pela contribuinte, na qualidade de mutuante, a suas subsidiárias no exterior, os quais não caracterizam empréstimo externo, sujeitam-se à incidência do IOF na modalidade crédito.

OPERAÇÕES DE CRÉDITO. PARTICIPAÇÃO EM SOCIEDADE DE CONTA DE PARTICIPAÇÃO. FLUXO FINANCEIRO.

Não há incidência do IOF/Crédito sobre o fluxo financeiro decorrente da participação em Sociedade de Conta de Participação (SCP) da Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais ("CODEMIG") em sociedade em conta de participação ("SCP"). A Lei 9.779/1999, em seu artigo 13, definiu como fato gerador do IOF a operação em que figure como fornecedora do crédito pessoa jurídica não financeira, mas desde que essa operação corresponda a mútuo de recursos financeiros. No caso dos autos, os valores relativos ao fluxo financeiro estabelecido e contabilizados nas contas auditadas não podem ser considerados como mútuo a teor do que prescreve o art. 586 do Código Civil, não se sujeitando, portanto, à incidência do IOF.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

O crédito tributário inclui tanto o valor do tributo quanto o da penalidade pecuniária. Assim, quer ele se refira a tributo, quer seja relativo à penalidade pecuniária, não sendo pago no respectivo vencimento, está sujeito à incidência de juros de mora, calculados na forma da lei. (Acórdão nº 3201004.189, Processo nº 10972.720009/201320, Relator Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Sessão de 29 de agosto de 2018)

À vista disso, nego provimento ao Recurso de Ofício.

3. Das Razões do Recurso Voluntário.

3.1. Sinopse Fática.

Consoante exposto no relatório da DRJ, está-se diante de Auto de Infração para exigência de IOF (imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguros), acrescido de multa de

ofício e juros de mora, oriundos de operações de mútuo firmados entre a Recorrente e empresas do grupo econômico.

Inicialmente, dada a farta documentação entregue pela Recorrente, a DRJ converteu o julgamento em diligência (Resolução 14-4.746) para que a Unidade de Origem analisasse e se manifestasse sobre o arcabouço.

Concluída a diligência (e-fls. 1.678/1.688) e apresentadas as considerações pela Recorrente, decidiu a DRJ:

- a. Rejeitar a decadência suscitada;
- b. Excluir a incidência de IOF e seus fluxos financeiros concernentes aos Consórcios **EXPOMINAS** (conta contábil nº 121101020622 – COMIG – Cons. Gameleira III Etapa), **SCP ARRUDAS** (conta contábil nº 121101020658 - Fundo Arrudas), e **CORDEIRO** (conta contábil nº 121101020648 - Obras do Sistema Sanitário Cordeiro – Recife/PE), porque demonstrado pela Recorrente o cumprimento dos requisitos legais.
- c. Dada a falta de provas e/ou previsão legal, manter a cobrança lançada de ofício relativo aos **empreendimentos constituídos na forma de SPE** (Sociedade de Propósito Específico), sendo eles **NW** (conta 121101010013), **Interveniência Financeira** (conta 121101010001) e **Via Empreend. – Tesouraria** (conta 121101010011).

O Recurso Voluntário debate, então, o item c, ora mencionado.

3.2. Prejudicial de Mérito. Decadência – declaração de ofício.

Em relação à Conta 121101010013 - NW Empreendimentos Imobiliários S/A., importante uma análise mais apurada sobre os fatos.

Sem delongas, a e-fl. 37, verifica-se lançamento de saldo credor de R\$ 4.407.240,64, em janeiro de 2013, que correspondente a período anterior, confira-se teor:

Relativamente à conta de número 121101010013 - NW Empreendimentos Imobiliários S.A, de fato, para o período fiscalizado, não houve movimentação de débitos e de créditos. Mas há, já no primeiro dia do ano-calendário do ano de 2013, um saldo devedor do montante de R\$ 4.407.240,64, saldo que se mantém inalterado até o fim do período fiscalizado (31/12/2015). Denotando, portanto, a existência de direito da fiscalizada para como a outra empresa.

De outro lado, a Autoridade Fiscal utilizou tais dados como fatos geradores e base de cálculo para a exigência do IOF a contar de janeiro de 2013, com fulcro no prazo decadencial do inciso I, do art. 173 do CTN:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

A DRJ replica trecho do Termo de Verificação Fiscal no qual admite a Autoridade Fiscal ausência de movimentações contábeis-financeiras no período fiscalizado (2013 a 2015) – transcritas acima. No entanto, a manutenção da autuação deu-se por falta de provas quanto à veracidade e legitimidade das informações reproduzidas pela Recorrente em sua peça recursal, que segundo ela, são de seus registros contábeis:

A argumentação da defesa esbarra na inépcia da documentação apresentada, qual seja, **apenas telas do que seriam registros contábeis. De fato, as telas apresentadas não preenchem requisitos intrínsecos ou extrínsecos que lhes confirmam oficialidade.**

Partindo da premissa adotada pela DRJ de que a operação realizada entre a Recorrente e a empresa SPE NW Empreendimentos caracteriza mútuo, a teor do art. 63, inciso I, do CTN¹, o fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor objeto da obrigação ou a sua colocação à disposição pelo mutuário.

Seguindo, não dispõe de modo diverso a IN RFB nº 1.969/2020 em seu inciso II, § 1º, do art. 10, a saber:

Art. 10. No caso das operações de crédito concedido por pessoas jurídicas não financeiras de que trata o art. 13 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, o IOF incide somente sobre as operações de mútuo que têm por objeto recursos em dinheiro, disponibilizados sob qualquer forma.

§ 1º Para fins do disposto no caput, o IOF tem como:

I - contribuinte, o mutuário, pessoa física ou jurídica;

II - fato gerador, a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do mutuário;

III - base de cálculo, o valor entregue ou colocado à disposição do mutuário, observado o disposto no § 2º; e IV - responsável por sua cobrança e recolhimento, a pessoa jurídica mutuante.

§ 2º No caso de operações de crédito realizadas por meio de conta corrente, a base de cálculo será:

I - o somatório dos saldos devedores diários, apurado no último dia de cada mês, se não definido o valor de principal; e II - o valor de cada principal entregue ou colocado à disposição do mutuário, se definido esse valor.

§ 3º O IOF incidirá às alíquotas previstas no § 2º do art. 9º e deverá ser recolhido ao Tesouro Nacional até o 3º (terceiro) dia útil subsequente ao decêndio da cobrança, sob os seguintes códigos de receita:

¹ 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;

I - 1150, se o mutuário for pessoa jurídica; e

II - 7893, se o mutuário for pessoa física.

Logo, correspondendo à monta de R\$ 4.407.240,64 a período anterior ao ano de 2013, o marco inicial para a contagem do prazo decadencial é janeiro de 2013, com vencimento em janeiro de 2018 (inciso I, do art. 173 do CTN). Citada a Recorrente do lançamento em 11/04/2018, mostram-se decaídos os meses/anos que antecedem janeiro de 2013.

Consequentemente, **cancelo a exigência Fiscal para a Conta 121101010013 - NW Empreendimentos Imobiliários S/A.**

3.3. Razão do Mérito.

3.3.1 Contas (A) 121101010001 – Interveniência Financeira e (b) 121101010011 – Via Empreend. – Tesouraria.

Fundado o argumento da recorrente na natureza jurídica do contrato de conta corrente, decidiu a DRJ que as movimentações são fato gerador do IOF, independentemente do negócio pactuado, traslado trecho:

Nesses termos, sempre que uma conta-corrente apresentar saldo em favor de um dos participantes, haverá operação de concessão de crédito contra a outra parte. E esse saldo está compreendido no universo tributável pelo IOF sobre operações de crédito.

O Imposto Sobre Operações Financeiras - IOF, prescinde negócio jurídico cujo objeto é a entrega de montante ou valor que constitua a obrigação contratual (Art. 3º do Decreto nº 6.306/2007), tendo como critério material de hipótese de incidência tributária as operações de (i) crédito; (ii) câmbio; (iii) seguros; e, (iv) títulos ou valores imobiliários.

Como sujeitos passivos (critério pessoal) têm-se as instituições financeiras, empresas de factoring e empresas coligadas, interligadas, controladora e controlada, tipos elencados no Decreto nº 6.306/2007 e na Lei nº 9.779/99, *in verbis*:

Decreto nº 6.306/2007:

Art. 2º O IOF incide sobre:

I-operações de crédito realizadas:

a) por instituições financeiras (Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, art. 1º);

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 (Lei nº9.779, de 19 de janeiro de 1999, art. 13);

II-operações de câmbio(Lei nº8.894, de 21 de junho de 1994, art. 5º);

III-operações de seguro realizadas por seguradoras(Lei nº5.143, de 1966, art. 1º);

IV-operações relativas a títulos ou valores mobiliários(Lei nº8.894, de 1994, art. 1º);

V-operações com ouro, ativo financeiro, ou instrumento cambial(Lei nº7.766, de 11 de maio de 1989, art. 4º).

Lei nº 9.779/99:

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

Precisamente, sobre a operação de crédito (inciso I, art. 2º), ela se dá mediante mútuo.

Sabe-se que no contrato de mútuo há empréstimo com a entrega do valor cedido pelo mutuante ao mutuário (com transferência de patrimônio – art. 587 do Código Civil). O mutuário, como favorecido do contrato de crédito, é o único obrigado na relação negocial que contrai o dever de devolver a coisa de igual gênero, qualidade e quantidade (art. 586 do Código Civil), com encargos legais (oneroso), ou não (gratuito).

SHOUERI e GALDINO de forma precisa e didática, traçam as peculiaridades do mútuo aptas a diferenciá-lo das operações de conta corrente, confira-se:

Em primeiro lugar, a **causa** do mútuo reside no uso e disponibilidade de um bem fungível, sendo que a propriedade sobre ele é transferida ao mutuário. Por sua vez, no caso do contrato de conta corrente, para facilitar as relações negociais entre as partes, elas estabelecem uma conta comum (caderneta), cuidando das entradas e saídas de créditos e débitos (bens, serviços, dinheiro etc.), que porventura venham a ocorrer⁵⁷.

Nota-se: conforme explica Pontes de Miranda, no contrato de conta corrente, não se pode confundir o acordo de vontades “a respeito dos lançamentos e mais anotações” com as próprias operações realizadas pelos titulares. Assim, o objeto desse contrato é, em verdade, de “regulação das chegadas”, já que ela possui a função operacional de facilitar outros contratos, sendo, por isso, um “contrato normativo”, dado que “[a] origem dos créditos e dos débitos que se lançam é diversa da origem da conta corrente e da própria conta corrente”. Desse modo, existe tão somente “o dever de lançar os créditos de um e de outro, e, para o outro figurante, o de ater-se a esses lançamentos e anotações”⁵⁸.

Por isso, no contrato de conta corrente, eventual uso e disponibilidade de bem fungível é contingente. Não sendo, portanto, a razão pela qual as partes negociaram o contrato. Já, no mútuo, o motivo do acordo de vontades reside justamente no uso e disponibilidade de bem fungível.

Em segundo lugar, enquanto o mútuo é contrato real, já que a transferência do domínio sobre a coisa fungível é pressuposto de existência desse contrato, o contrato de conta corrente é consensual⁵⁹, pois as remessas efetuadas em seu âmbito já fazem parte da sua execução, i.e., encontram-se no plano da eficácia do negócio jurídico, e não no da sua existência.

Em terceiro lugar, haja vista que, no mútuo, a transmissão do direito de propriedade sobre a coisa fungível configura pressuposto de existência do negócio, somente o mutuário possui obrigação – qual seja, a de restituir coisa equivalente (gênero, qualidade e quantidade). Daí o mútuo ser um contrato unilateral. Por outro lado, é marcante, no contrato de conta corrente, o fato de todos os contratantes se obrigarem a receber as remessas e a anotá-las na conta corrente. Justamente por isso, a conta corrente é contrato bilateral⁶⁰.

Em quarto lugar, necessariamente o contrato de conta corrente é oneroso⁶¹, ao passo que o mútuo pode ser gratuito. Note-se: isso não significa dizer que, no contrato de conta corrente, a onerosidade resida na cobrança de juros⁶². A onerosidade do contrato de conta corrente está na simplificação das relações jurídicas de todos, de maneira que todos os contratantes auferem vantagens econômicas com o contrato. A onerosidade no contrato de mútuo, por sua vez, só pode residir, e apenas se assim determinarem as partes, na incidência de juros.

Ainda, segundo SHOUERI e GALDINO (2023²), o contrato de conta corrente visa auxiliar até mesmo, simplificar as relações comerciais com a concentração do fluxo de caixa das empresas coligadas, interligadas, controladora e controlada. **Apenas com a liquidação da conta, após as devidas compensações dos créditos e débitos lançados, será possível verificar se, eventualmente, restaram credor e devedor:**

Ressalte-se ainda que, no âmbito do contrato de conta corrente, sequer cabe falar de uma espécie de “função financiadora da conta”⁶⁵, visto que é da própria natureza do contrato que a disposição dos polos só se defina com o encerramento da conta. Por isso, não há sentido em verificar, durante a vigência da conta, se houve ou não uma movimentação desproporcional entre as partes. Novamente, por ser um direito o envio de remessas, é faculdade das partes enviá-las, sendo, porém, um dever recebê-las e lançá-las na conta corrente⁶⁶. Daí que a análise das movimentações é incompatível com a própria natureza do contrato de conta corrente firmado entre as partes.

Tampouco seria correto dizer que haveria um mútuo no encontro de contas em virtude de se constatar um crédito restante para uma das partes. Além de isso não ser uma consequência necessária, dada a possibilidade de plena compensação dos créditos e débitos anotados na conta comum (caderneta), o que ocorre no encontro de contas revela a natureza distinta do contrato de conta corrente em face do mútuo. Afinal, o núcleo do contrato de conta corrente não repousa no crédito, já que sequer se sabe se haverá um credor/devedor e, caso haja um, quem. Enquanto a causa do mútuo reside no uso e disponibilidade de um bem fungível, sendo que a propriedade sobre ele é transferida ao mutuário, a causa do contrato de conta corrente está em facilitar as relações negociais

² SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre Mútuo de Recursos Financeiros abrange Contratos de Conta Corrente? Revista Direito Tributário Atual nº 53. ano 41. p. 261-302. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre 2023. Pág. 267/268).

entre as partes mediante uma conta comum (caderneta), cuidando das entradas e saídas de créditos e débitos (bens, serviços, dinheiro etc.), que porventura venham a ocorrer.

Os negócios mostram-se, portanto, distintos. Consequentemente, atraem base legal própria, sendo o Decreto nº 6.306/2007 e na Lei nº 9.779/99 aplicáveis aos negócios de mútuo.

Reitero, mútuo reclama contrato unilateral, obrigação legal estrita ao dever de devolver a coisa de igual gênero, qualidade e quantidade e encargos legais. Enquanto a conta corrente por reunir fluxo de caixa das empresas do mesmo grupo, a fim de simplificar as relações comerciais empreendidas, exige anotações das entradas, vontade entre as empresas (bilateral) e onerosidade.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 590.186/RG (Certidão de Julgamento em 11/10/2023), debruçou-se sobre a incidência de IOF nas operações de mútuo entre coligadas, tendo fixado a seguinte tese:

É constitucional a incidência do IOF sobre operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, não se restringindo às operações realizadas por instituições financeiras.

Observe que o STF, no controle de constitucionalidade, esclarece que o art. 13 da Lei 9.779/99 trouxe como hipótese de incidência do IOF as operações de mútuo firmadas entre empresas do mesmo grupo econômico (particulares), ainda que nenhuma delas seja instituição financeira. A decisão, de relatoria do Emin. Ministro Relator Dr. Cristiano Zanin, restou assim firmada:

(...)

À luz de tais noções que orientaram a Suprema Corte no julgamento da ADI 1.763/DF, não há como fugir à compreensão de que o mútuo de recursos financeiros de que trata o art. 13 da Lei 9.779/99 – ainda que considerado empréstimo da coisa fungível “dinheiro” (art. 568 do Código Civil) e ainda que realizado entre particulares – se insere no tipo “operações de crédito”, sobre o qual a Constituição autoriza a instituição do IOF (art. 153, V), já que se trata de negócio jurídico realizado com a finalidade de se obter, junto a terceiro e sob liame de confiança, a disponibilidade de recursos que deverão ser restituídos após determinado lapso temporal, sujeitando-se aos riscos inerentes.

A corroborar a amplitude da expressão “operações de crédito” a que se refere o texto constitucional, acrescento a lição de Roberto Quiroga Mosquera:

Claro está, pois, que o imposto sobre operações de crédito, previsto no artigo 153, inciso V, da Constituição Federal poderá incidir sobre negócios jurídicos nos quais alguém efetua uma prestação presente contra uma prestação futura, ou seja, é a operação por intermédio da qual alguém efetua uma prestação presente, para ressarcimento dessa prestação em data futura .

Dentro do conceito acima exposto, enquadram-se inúmeras espécies de operações de crédito. Operações entre: a) pessoas físicas; b) pessoas físicas e pessoas jurídicas; c) pessoas jurídicas. Além do que, poderão existir operações de crédito realizadas entre: a) pessoas, físicas ou jurídicas, não financeiras; [...]. O que queremos demonstrar é que as operações de crédito nem sempre são realizadas

com entidades financeiras. O mútuo, como operação comercial, não se enquadra, em princípio, na definição de operação financeira .

[...]

Portanto, o legislador constitucional atribuiu à União uma gama variada de operações de crédito, passíveis de tributação pelo imposto previsto no artigo 153, inciso V, do Texto Maior. Cabe ao legislador ordinário, quando do exercício da prerrogativa que lhe foi atribuída pelo citado artigo 153, prescrever, em Lei Ordinária, as operações de crédito que pretende ver tributadas. Ele poderá elencar todas e quaisquer operações de crédito ou apenas algumas. Poderá eleger apenas aquelas nas quais aparece a entidade financeira como parte da relação ou, ainda, aquelas nas quais as partes são pessoas não financeiras etc . (Tributação no mercado financeiro e de capitais. 1998, São Paulo: Dialética. p. 108). (destaquei)

(...)

Assim, não se há de falar em exclusividade da função regulatória do IOF, de modo que sua incidência seja restrita a operações atinentes ao mercado financeiro, como aliás já decidiu esta Suprema Corte ao julgar o Tema 102 da repercussão geral (RE 583712, rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 2/3/2016).

Mesmo sem abordar o argumento expressamente, decidiu-se na ocasião pela constitucionalidade da incidência do IOF sobre o negócio jurídico de transmissão de títulos e valores mobiliários, tais como ações de companhias abertas e respectivas bonificações. Tal hipótese de incidência do IOF, evidentemente, nada tem de caráter regulador do sistema monetário e financeiro, o que não foi empecilho para considerá-la constitucional.

Desta forma, não merece acolhida o argumento de que, em face do caráter extrafiscal do imposto, seria inconstitucional a incidência do IOF sobre mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas não integrantes do sistema financeiro, na forma prevista no artigo 13 da Lei 9.779/99.

Por fim, considero relevante o argumento, levantado por ambos os amici curiae , de que o IOF não poderia incidir sobre contratos de conta corrente entre empresas de um mesmo grupo econômico, mediante a reunião de seus caixas individuais em um caixa único, ao qual todas têm acesso para o pagamento de gastos e realização de investimentos. A ideia é que a conta corrente se diferencia do contrato de mútuo.

Tal debate, todavia, não pode ser enfrentado nos presentes autos.

(...)

Da leitura, entendo que o IOF-crédito é exigível nos contratos de mútuo firmados entre empresas coligadas/interligadas, sem alcançar as transações efetuadas mediante conta corrente, porquanto inexistente a subsunção do fato à norma.

Por essa razão, cancelo o lançamento para as contas (A) 121101010001 – Interveniência Financeira e (B) 121101010011 – Via Empreend. – Tesouraria.

Conclusão.

Pelo exposto, voto em negar provimento ao Recurso de Ofício e, dar provimento ao Recurso Voluntário, reconhecendo a decadência atinente a Conta nº 121101010013 do crédito

tributário e no mérito cancelando os demais lançamentos em relação às Contas (A) 121101010001 e (b) 121101010011.

(documento assinado digitalmente)

Laércio Cruz Uliana Junior