

CC02/C01
Fls. 294

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n°	10510.003120/2005-85
Recurso n°	136.328 De Ofício
Matéria	IOF
Acórdão n°	201-80.220
Sessão de	25 de abril de 2007
Recorrente	DRJ EM SALVADOR - BA
Interessado	Empresa Energética de Sergipe S.A. - ENERGIPE

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

Período de apuração: 31/01/2000 a 31/12/2003

Ementa: MÚTUO. RESPONSABILIDADE PELA COBRANÇA E RECOLHIMENTO.

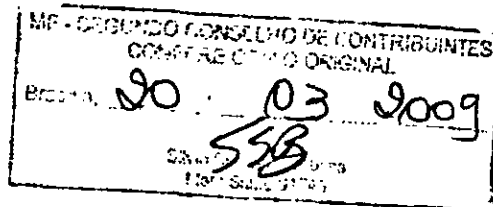
As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física sujeitam-se à incidência do IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras, sendo que a responsabilidade pela cobrança e recolhimento do IOF é da pessoa jurídica que conceder o crédito.

ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL.

Por falta de amparo legal, não procede o lançamento de IOF incidente sobre adiantamento para futuro aumento de capital.

Recurso de ofício negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



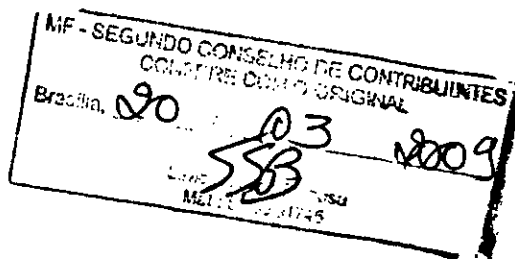
ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso de ofício. Vencidos os Conselheiros Maurício Taveira e Silva (Relator), Walber José da Silva, Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça e Cláudia de Souza Arzua (Suplente). Designado o Conselheiro Gileno Gurjão Barreto para redigir o voto vencedor. Fez sustentação oral o advogado da recorrente, Dr. José Arnaldo da Fonseca Filho, OAB/DF 7893.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente

Gileno Gurjão Barreto
GILENO GURJÃO BARRETO
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Antônio Ricardo Accioly Campos e José Antonio Francisco.



Relatório

Trata-se de recurso de ofício contra o Acórdão nº 15-10.672, de 31/07/2006, prolatado pela 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador - BA, de fls. 272/277, que julgou nulo o auto de infração de fls. 04/10 referente à cobrança do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF relativo ao período de janeiro de 2000 a dezembro de 2003, no valor de R\$ 29.911.031,22, cuja ciência ocorreu em 26/12/2005.

No item 001 do auto de infração consta que a contribuinte não recolheu o IOF incidente sobre aporte de capital realizado a título de "Adiantamento para Futuro Aumento de Capital - AFAC" em 25/01/2000 pela Energisa S/A (controladora) em favor da autuada (controlada), que, segundo o autuante, deveria ser classificado como operação de mútuo, assim como os aportes efetuados, os quais também estariam sujeitos às regras de incidência do IOF.

No item 002 do auto de infração, segundo o autuante, foi calculado o IOF incidente sobre o mútuo informado pela Energisa S/A (fls. 156/157 e 172/197), em resposta ao Termo de Solicitação de Esclarecimentos de 23/08/2005 (fl. 153/155), conforme planilha intitulada "Apuração do IOF (MÚTUO ENERGISA)" (fls. 43/48).

Tempestivamente, a contribuinte apresentou impugnação de fls. 209/221, com as seguintes alegações:

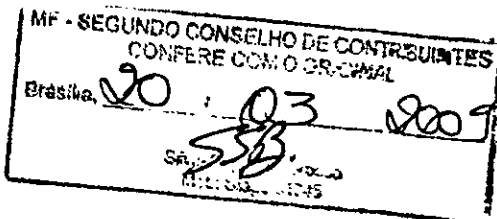
1) em sede de preliminar, que o Mandado de Procedimento Fiscal, MPF, autorizador da ação fiscal encontrava-se expirado, invalidando todos os atos praticados após 08/12/2005; erro na capitulação legal da norma supostamente infringida; transcurso do prazo decadencial quinquenal em relação a períodos de apuração anteriores a dezembro de 2000; erro na eleição do sujeito passivo, pois a lei elegeu a mutuante como responsável pela cobrança e recolhimento do IOF e a mutuária como mera contribuinte, não tendo atribuído responsabilidade em caráter supletivo à mutuária; e

2) a exigência fiscal não encontra qualquer amparo em lei, mas sim em meros atos administrativos relacionados ao Imposto de Renda, tais como o Ato Declaratório (Normativo) CST nº 9/76 e o Parecer Normativo Cosit nº 23/81, referente à obrigação de corrigir monetariamente os AFAC. Contudo, com a extinção da correção monetária, os referidos atos tornaram-se absolutamente inócuos e sem qualquer aplicação prática, não podendo ser ressuscitados para dar suporte à exigência de tributos de outra espécie, cuja legislação é omissa. A presunção na qual se sustentou a exigência fiscal é relativa e, no presente caso, os valores adiantados na forma de AFAC foram objeto de efetiva capitalização, conforme demonstram a ata de assembléia geral extraordinária convocada para esse fim (fls. 247/253) e os lançamentos contábeis feitos para registrar o aumento de capital (fl. 255).

Alfim, a impugnante protesta pela produção de todas as provas em Direito admitidas, sobretudo a realização de diligências e juntada de novos documentos.

A DRJ julgou nulo o lançamento, tendo 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: 31/01/2000 a 31/12/2003

Ementa: ERRO NA ELEIÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

Erro na eleição do sujeito passivo acarreta a nulidade do lançamento.

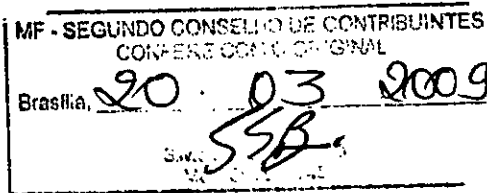
*MÚTUO. IOF. RESPONSABILIDADE PELA COBRANÇA E RECOLHIMENTO.
EMPRESA MUTUANTE*

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, sendo que a responsabilidade pela cobrança e recolhimento do IOF é da pessoa jurídica que conceder o crédito.

Lançamento Nulo".

Tendo em vista a interposição de recurso de ofício pela DRJ em Salvador - BA, encaminhou-se o presente processo a este Conselho para julgamento.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA, Relator

Repisando o que se encontra relatado, trata-se de recurso de ofício em face de Decisão prolatada pela DRJ em Salvador - BA, por haver exonerado a contribuinte do pagamento de imposto em valor superior ao seu limite de alçada, conforme estabelece o inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235/72, alterado pelo art. 67 da Lei nº 9.532/97, combinado com a Portaria MF nº 375/2001, art. 2º.

Conforme se verifica às fls. 05 e 08 do auto de infração, o lançamento decorre de *"falta de cobrança de IOF incidente sobre o aporte de capital, realizado, a título de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (AFAC)"* e *"IOF incidente sobre o mútuo informado pela ENERGISA S.A."*.

A DRJ entendeu que a responsabilidade pela cobrança e recolhimento do IOF nas referidas operações é exclusiva da empresa mutuante, não havendo responsabilidade solidária entre mutuante e mutuário, ainda que o mutuário seja o contribuinte do imposto, concluindo pela nulidade do lançamento, em virtude de erro na eleição do sujeito passivo.

É de se reconhecer tratar-se de matéria polêmica no direito tributário, porém, não obstante encontrar-se bem fundamentado o Acórdão de primeira instância, com a devida vênia, ousou divergir da decisão recorrida pelos motivos que passo a expor.

Cabe transcrever os arts. 121 e 128 do CTN, que regem o tema a ser analisado:

"Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

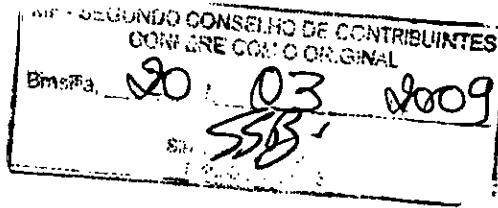
I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

(...)

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação."

Portanto, pelo art. 121 tem-se que o sujeito passivo da obrigação principal se subdivide em contribuinte, pela sua relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador, o que é entendido pela doutrina como sujeição passiva direta. De outra banda, quando a responsabilidade recai sobre outro que não o contribuinte, em virtude de disposição expressa de lei, ocorre a sujeição passiva indireta, consubstanciada no responsável.



O art. 128 autoriza o legislador ordinário a atribuir, de modo expresso, a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, podendo, ainda, excluir a responsabilidade do contribuinte ou atribuir-lhe caráter supletivo ao cumprimento da obrigação.

Portanto, o CTN prevê a possibilidade de excluir a responsabilidade do contribuinte ou atribuir-lhe caráter supletivo. No entanto, não autoriza a pressuposição de exclusão da responsabilidade do contribuinte pela simples existência de sujeição passiva indireta.

Sobre o tema assim consigna o mestre Leandro Paulsen em sua obra intitulada "Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência", Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 8ª edição, 2006, pág. 1025:

"Exclusão da responsabilidade do contribuinte substituído. O art. 128 diz que a lei poderá excluir a responsabilidade do contribuinte ou atribuí-la a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação. Como qualquer dispensa do pagamento de tributo exige previsão legal expressa na lei que trata do tributo ou em lei específica (art. 150, § 6º da CF), não se pode presumir a exclusão da responsabilidade do contribuinte, até porque a capacidade econômica revelada pelo fato gerador é dele. O ideal é que a lei que estabeleça a substituição tributária disponha inequivocamente sobre a matéria." (grifos constam do original).

Registre-se que o lançamento efetuado com base no Regulamento do IOF tem as seguintes matrizes legais:

- fato gerador: 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";

- contribuinte: art. 66 do CTN e Lei nº 8.894/94, art. 3º, inciso I:

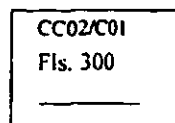
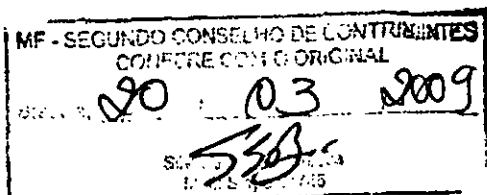
"Art. 66. Contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei."

"Art. 3º São contribuintes do imposto:

I - os tomadores de crédito, na hipótese prevista no art. 2º, inciso I;"; e

- responsável: Lei nº 9.779, de 1999, art. 13, § 2º :

"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."



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

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

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

Portanto, não se verifica a previsão na lei para exclusão de responsabilidade do contribuinte ou a atribuição em caráter subsidiário.

Acrescente-se que esta matéria foi enfrentada no julgamento do Acórdão nº 203-11.344 em 20/09/2006, no qual o ilustre Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis, Relator-Designado do voto vencedor, brilhantemente analisou a questão, sendo oportuno trazer à colação o excerto abaixo:

"Há autores que vão além e propugnam pela solidariedade sem benefício de ordem (vez da subsidiária, também dita responsabilidade subsidiária), caso a lei ao dispor sobre substituição tributária seja omissa quanto à responsabilidade do substituído. É o caso de Gilberto Etchaluz Villela, que defende o seguinte:¹

'Assim, se a lei não for expressa pela subsidiariedade ou pela exclusão, deduzir-se-á a solidariedade, desde que, naturalmente, presentes os requisitos legais do interesse econômico comum e da vinculação ao fato gerador'."

Cabe, ainda, trazer à colação trecho do relatório do REsp nº 706.004-RJ, DJ de 28/10/2005, Relatora Ministra Eliana Calmon, interposto contra acórdão do TRF da 2ª Região, assim ementado:

"(...)

2 - A responsabilidade das instituições financeiras pela cobrança e recolhimento do IOF não retira das pessoas enumeradas no Art. 2º do Decreto-lei 1783/80 a qualidade de contribuintes.

(...)"

Portanto, entendo haver responsabilidade solidária da contribuinte quanto à exação e, em consequência, não há o alegado erro na eleição do sujeito passivo. Desse modo, voto no sentido de **dar provimento ao recurso de ofício**, devendo os presentes autos retornar

¹ VILLELA, Gilberto Etchaluz. **A responsabilidade tributária: as obrigações tributárias e responsabilidades: individualizadas, solidárias, subsidiárias individualizadas, subsidiárias solidárias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 73.

Processo n.º 10510.003120/2005-85
Acórdão n.º 201-80.220

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES		
CONFERE COM O ORIGINAL		
Brasão	90	03 2009
SSB		
S. 1745		

CC02/C01
Fls. 301

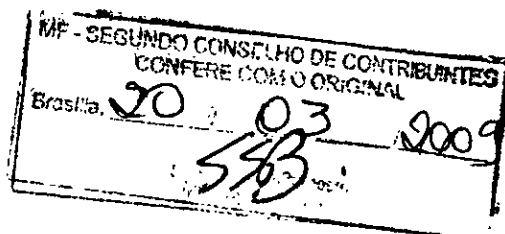
à instância *a quo* para que sejam apreciadas as demais alegações apresentadas pela contribuinte na impugnação.

Sala das Sessões, em 25 de abril de 2007.


MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA



8



Voto Vencedor

Conselheiro GILENO GURJÃO BARRETO, Relator-Designado

Trata-se de recurso de ofício em face de decisão prolatada pela DRJ em Salvador - BA, por haver exonerado a contribuinte do pagamento de IOF incidente sobre aportes de capital nela realizados a título de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (AFAC).

Assim sendo, peço a devida vênica ao ilustre Relator Maurício Taveira e Silva para apresentar meu entendimento acerca do assunto, que se apresenta divergente daquele apresentado em seu voto.

Como se constata, a questão em debate refere-se ao fato de que a contribuinte recebeu diversos aportes de capital ao longo do período de janeiro de 2000 a dezembro de 2003, os quais foram considerados pela Fiscalização como sendo mútuos e, assim, deveriam ter sido tributados pelo IOF pela própria contribuinte.

A DRJ, por sua vez, decidiu por cancelar a autuação, sob o principal argumento de que o IOF seria devido pela empresa tida como mutuante, ou seja, aquela que concedeu o empréstimo, razão pela qual não se poderia cobrar o IOF da recorrente, mas sim da mutuante.

A meu ver, está correto o entendimento apresentado pela DRJ, senão vejamos o que dispõe o art. 13 da Lei nº 9.779, a seguir transcrito:

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.

(...)

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

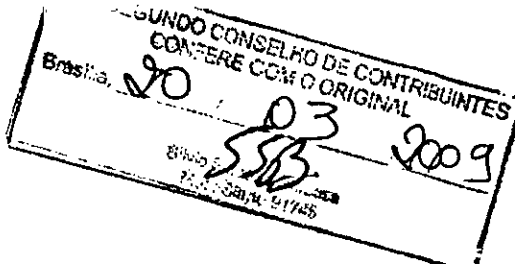
Está, portanto, expresso, de forma clara e inequívoca, que o responsável pela cobrança e recolhimento do IOF é a pessoa jurídica que conceder o crédito. Em outras palavras, a recorrente não pode ser cobrada por pagamento de imposto para a qual ela não é responsável pelo recolhimento.

Como bem salientado pela DRJ, ocorreu erro da Fiscalização na eleição do sujeito passivo, fato este que fulmina o lançamento de ofício. Além do mais, esse entendimento está de acordo com o Decreto nº 4.494/2002, que regulamenta o IOF:

Decreto nº 4.494/2002:

"Art. 4º Contribuintes do IOF são as pessoas físicas ou jurídicas tomadoras de crédito.

(...)



Dos Responsáveis

Art. 5º São responsáveis pela cobrança do IOF e pelo seu recolhimento ao Tesouro Nacional:

(...)

III - a pessoa jurídica que conceder o crédito, nas operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros.” (grifei)

Importante observar que a figura do responsável tributário previsto no art. 128 do CTN não se pode confundir com a do contribuinte do imposto. O art. 128 do CTN dispõe que “a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”

Vejo que a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pela cobrança e recolhimento do crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação. Neste caso, isso foi feito pelo § 2º do art. 13 da Lei nº 9.779/99. Mas pode também, **e de modo expresso**, atribuir ao contribuinte, de modo supletivo, o cumprimento da obrigação. No caso do IOF, e em relação às operações de mútuo, a legislação não o fez.

Assim, como bem esposado no Acórdão *a quo*, a conclusão lógica é que a responsabilidade pela cobrança e recolhimento do IOF nas referidas operações é exclusiva da empresa mutuante, de modo que não há responsabilidade solidária nesta tarefa entre mutuante e mutuário, ainda que seja o mutuário o contribuinte do imposto.

Conclui-se que somente este posicionamento já é suficiente para negar seguimento ao recurso de ofício. Mas não é só. Ainda que vencido quanto à preliminar, passo à análise do mérito.

Os recursos transferidos para a contribuinte tratam-se de adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC). Não restou provado pela Fiscalização que os aportes em destaque tratam-se de mútuo. E AFAC não se confunde com mútuo. Vejamos o que ensina o Manual da Fipecafi, in “Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações (aplicável às demais Sociedades)”, 6ª ed. Ed. Atlas, São Paulo, 2003, págs. 311 e 312:

“20.10.1 Natureza

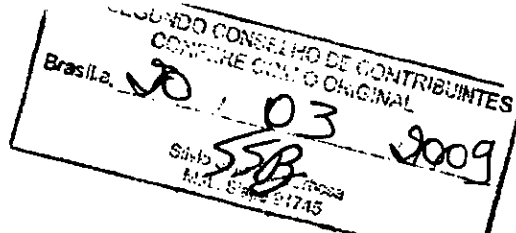
Adiantamentos para aumento de capital são os recursos recebidos pela empresa de seus acionistas ou quotistas destinados a serem utilizados para aumento de capital. No recebimento de tais recursos, a empresa deve registrar o ativo recebido, normalmente disponibilidades, a crédito dessa conta específica ‘Adiantamento para Aumento de Capital. Quando formalizar o aumento de capital, o registro contábil será a baixa (débito) dessa conta de Adiantamento a crédito do Capital Social’.”

Por sua vez, no art. 586 do nosso Código Civil encontramos a definição de mútuo, conforme se pode ver a seguir:

Lei nº 10.406/2002 (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.”

Vê-se assim, claramente, que mútuo é uma coisa e adiantamento para futuro aumento de capital é outra.



Pois bem, o já citado art. 13 da Lei nº 9.779/99 dispõe em seu caput que “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.”

A Lei nº 9.779/99 determina a incidência de IOF sobre as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros e não sobre operações de aporte de capital a título de adiantamento futuro de aumento de capital social. E como não se pode confundir o instituto do mútuo com o do adiantamento para futuro aumento de capital, e muito menos dar tratamento fiscal a um que deveria ser dado a outro, constata-se, mais uma vez, que o lançamento é improcedente.

Paralelamente, há que se considerar que a consolidação do setor elétrico brasileiro, após o processo de desestatização, incluiu a desverticalização prevista pela Lei nº 10.848/2004, conversão da MP nº 144, de dezembro de 2003. No caso do grupo Cataguazes-Leopoldina, houve aprovação através da Resolução Autorizativa nº 771/2006, cujos passos a serem realizados reproduzo:

“I - Transferência dos ativos necessários à prestação de serviços corporativos para a Energisa S.A., por meio de capitalização a valor de mercado.

II - Transferência, para a Cat-Leo Construções, Indústria e Serviços de Energia S.A., dos ativos necessários para futura prestação de serviços de operação e manutenção das instalações das concessões da Companhia Força e Luz Cataguazes Leopoldina e Companhia de Eletricidade de Nova Friburgo - CENF, pela capitalização a valor de mercado.

III - Transferência, para a Multipar S.A., por capitalização, a valor contábil, das ações detidas em Cat-Leo Construções, Indústria e Serviços de Energia S.A., Teleserv S.A. e Energisa S.A., bem como as demais participações societárias, além dos ativos e passivos de partes relacionadas e os ativos e financiamentos não relacionados à concessão.

IV - Incorporação da Energia do Brasil Participações Ltda. - EBP pela MULTIPAR S.A.

V - Incorporação da MULTIPAR S.A. pela ENERGISA S.A. do investimento UTE-JF, passando esta última a deter as participações societárias do Sistema Cataguazes Leopoldina.

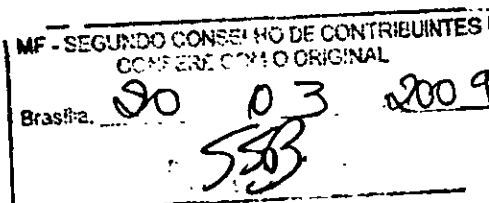
VI - Em operação de incorporação de ações ocorrerá a transferência de 100% (cem por cento) das ações da Companhia Força e Luz Cataguazes Leopoldina - CFLCL para a Energisa S.A., do que resultará a transferência da totalidade das ações da Energisa S.A. para os acionistas da CFLCL em substituição das ações detidas por eles na CFLCL, bem como a transferência do controle societário desta para a Energisa S.A.

VII - Capitalização pela CFLCL; (i) do acervo líquido relacionado à geração, na nova sociedade CFLCL-G; (ii) do investimento e ágio detido por ela referente à CENF, na CENFPAR Participações S.A. passando esta a deter participação na CENF.

VIII - Incorporação pela Energisa S.A. do investimento UTE-JF, por meio de operação de cisão na Cat-Leo Energia S.A., seguida de incorporação pela Energisa S.A.

IX - Incorporação da CENFPAR Participações S.A., a valor contábil, pela Companhia de Eletricidade de Nova Friburgo - CENF.

X - Redução do capital social da CFLCL, com conseqüente transferência do controle societário e entrega de seus investimentos nas sociedades CFLCL-G e CENF à Energisa S.A.



Obs. i) A participação detida em Companhia de Eletricidade de Nova Friburgo - CENF será mantida na CFLCL, até a operação descrita no inciso VI. ii) Sendo o valor de mercado inferior ao contábil, prevalecerá o valor contábil."

Esse julgador considera as particularidades normativas do setor elétrico brasileiro, cuja normatização impõe que a segregação de atividades e de participações acionárias, na forma prevista na legislação, aumenta a transparência na atuação dos agentes, inibindo eventual alocação de riscos e custos indevidos nas distribuidoras. Favorece, por outro lado, a atuação regulatória e fiscalizatória da Aneel, potencializando benefícios para os consumidores do serviço público de distribuição de energia elétrica.

Dessa forma, ainda no entender desse julgador, a autoridade fiscal não pode presumir que a realização de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital mascara uma operação de crédito como aquelas eleitas pela legislação de regência do IOF. Diferentemente, as contas dos agentes do setor elétrico, mormente das distribuidoras de energia, são fiscalizadas pelo agente regulador, que, inclusive, prevê em seu plano de contas contábil a alínea onde devem ser contabilizadas todas as operações do setor.

O Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica, em seu item 6.3.26, esclarece que:

"6.3.26 Recursos Destinados a Aumento de Capital

1. Os recursos recebidos de acionistas ou quotistas deverão ser contabilizados em contrapartida ao registro do ativo, no:

(a) Patrimônio Líquido quando recebido com absoluta condição de permanência na concessionária (conta 245.01 - Recursos Destinados a Aumento de Capital - Adiantamento).

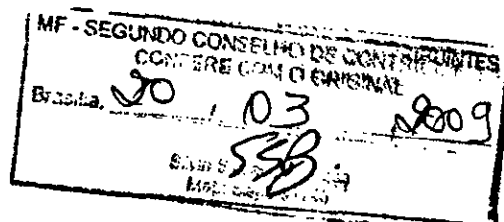
(b) Exigível a Longo Prazo, quando a condição acima não puder ser comprovada (subconta 221.91.4 - Outras Obrigações - Adiantamento para Aumento de Capital).

Os recursos adiantados pela concessionária com a finalidade expressa de integralização de capital, devem ser registrados no grupo de investimentos, subconta 131.06.1.1.04 - Participações Societárias Permanentes - Adiantamento para Futuro Aumento de Capital. Quando não for possível identificar expressamente essa finalidade, os recursos devem ser registrados na conta 122.51 - Adiantamentos e Empréstimos, subconta 122.51.1.6 - Coligadas e Controladas ou Controladoras."

Ora, qualquer imprecisão de registro nessas contas pode e deve ser objeto de contestação por parte da Aneel, o que não se constatou ter havido.

Finalmente, a estrutura de capital das empresas distribuidoras de energia elétrica é fator preponderante para a estabilidade no fornecimento de energia ao público e para a remuneração do acionista. O registro no passivo de AFAC, sem remuneração contratual prevista, tem o condão de definir a estrutura de capital o mais próximo possível da denominada *empresa de referência*, que prevê uma estrutura "ótima" de capital.

Apenas a título ilustrativo, de acordo com a NT nº 188/2003, para remunerar-se o custo de capital próprio a agência adota o método CAPM (*Capital Assets Pricing Model*), que busca identificar a percepção do mercado sobre os verdadeiros riscos do setor, partindo-se das seguintes premissas: i) os ativos de distribuição de energia elétrica representam alternativas de investimentos que competem com outros ativos pelos recursos dos investidores potenciais; ii) os diversos ativos disponíveis proporcionam um retorno diretamente proporcional ao risco que representam; e iii) há um ativo "livre de risco" acessível a todos os investidores, cujo retorno serve de referência para mensurar o prêmio de risco exigido para investir em outros



ativos, como os riscos associados às condições macroeconômicas de países em desenvolvimento.

Assim, o custo de capital próprio desta forma calculado, segundo a metodologia, que foi objeto de ampla discussão em audiências públicas promovidas à época, proporciona um retorno adequado sobre o capital investido, considerando apenas os riscos inerentes à atividade regulada, de forma a manter a atratividade de capital e, conseqüentemente, a sustentabilidade da prestação do serviço no longo prazo.

Esse modelo de remuneração, que reflete, adiantamos, a percepção do ponto de vista do Direito Administrativo de que os riscos remunerados são os *riscos ordinários*, denominado método *Capital Asset Pricing Model* (CAPM), encontra-se expresso na fórmula a seguir:

$$r_{CAPM} = r_f + \beta_d (r_m - r_f) + r_r \quad (2)$$

Custo do Capital Próprio	Taxa livre de risco	Beta desalavancado	Prêmio de risco de mercado	Outros prêmios de risco
--------------------------	---------------------	--------------------	----------------------------	-------------------------

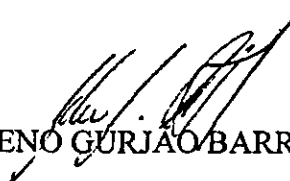
A taxa calculada pela agência para remuneração do capital próprio pressupõe que 50% do capital das empresas é próprio e 50% do capital é de terceiros. A metodologia de cálculo para a denominada *estrutura ótima de capital* encontra-se consignada no item 96 da referida Nota Técnica e no correspondente Anexo III.

Pelo exposto, apenas isso justifica a alocação mais conveniente de recursos entre as concessionárias, mormente quando trata-se de um grupo de empresas do mesmo setor, para que seja alcançada a estrutura "ótima" de capital não apenas da recorrida, mas também das outras empresas do grupo, que obrigatoriamente devem ter o mesmo objeto, qual seja, a prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica.

Sendo assim, por falta de disposição legal que autorize o lançamento em questão, pela realidade específica atinente ao setor, e ainda pelo fato de não ser a recorrente a responsável pelo recolhimento do IOF, não vejo outra alternativa senão a de negar integralmente provimento ao recurso de ofício, quanto à impropriedade da eleição do sujeito passivo e, caso vencido, naquilo em que a autoridade busca tributar, as parcelas contabilizadas a título de adiantamento para futuro aumento de capital.

É o voto.

Sala das Sessões, em 25 de abril de 2007.


GILENO GURJÃO BARRETO

