



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.727509/2018-06
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-013.475 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de setembro de 2023
Recorrente R. F. PARTICIPAÇÕES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2016

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NA FASE DE INVESTIGAÇÃO FISCAL. ETAPA INQUISITÓRIA DO PROCEDIMENTO. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

Antes da fase litigiosa do procedimento, instaurada por meio da impugnação da exigência (art. 14 do Decreto nº 70.235/1972), o que se tem é a etapa inquisitória do procedimento fiscal. Quanto ao contraditório e da ampla defesa, cabível o seu exercício somente a partir do momento da apresentação da peça contestatória, documento a conter os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, além de estabelecer os pontos de discordância, as razões e as provas que a impugnante possuir (art. 16, inc. III, Decreto nº 70.235/1972).

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

Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2016

OPERAÇÃO DE MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS POR MEIO DE CONTA CORRENTE. INCIDÊNCIA.

O IOF incide sobre as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros, independentemente da forma pela qual os recursos sejam entregues ou disponibilizados ao mutuário. Portanto, ocorre o fato gerador do imposto nas operações de crédito dessa natureza também quando realizadas por meio de conta corrente, sendo irrelevante a existência de relacionamento entre as pessoas jurídicas envolvidas.

OPERAÇÕES DE CRÉDITO COM EMPRESAS VINCULADAS. DISPONIBILIZAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS COM POSTERIOR RETORNO DO NUMERÁRIO. INCIDÊNCIA DE IOF AINDA QUE A MUTUANTE NÃO SEJA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

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, ainda que o mutuante não seja instituição financeira nem entidade a ela equiparada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade arguidas, e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Vencida a Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa, que dava provimento ao recurso voluntário. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ari Vendramini, Laércio Cruz Uliana Junior, Wagner Mota Momesso de Oliveira (suplente convocado(a)), Juciléia de Souza Lima, Sabrina Coutinho Barbosa, Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe (Presidente).

Relatório

Por bem descrever os fatos, adota-se o relatório do Acórdão recorrido:

Trata-se no presente de impugnação apresentada pela pessoa jurídica em epígrafe, formalizada como o objetivo de desconstituir o crédito tributário a seguir quantificado (valorado até dezembro/2018):

Imposto sobre Operações de Crédito (IOF) R\$ 1.711.308,59

A empresa foi selecionada em um primeiro momento para a realização do procedimento de diligência fiscal, o que se deu com substrato no Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal - Diligência nº 09.1.01.00-2018-00646-2, fl. 754, tendo a medida sido deflagrada pelo Termo de Início de Diligência Fiscal lavrado em 21/09/2018, fls. 755/761.

Na ocasião, dentre alguns documentos e esclarecimentos solicitados, foi também determinada a apresentação de contratos pactuados com terceiros que deram origem a lançamentos contábeis evidenciados em tabelas indicativas de empréstimos tomados (item 4, tabelas 1 e 2) e de adiantamentos concedidos (item 5, tabelas 3 e 4).

Quanto ao que foi requisitado nos itens 4 e 5, acima referidos, a Demandada apresentou esclarecimentos, fls. 766/771, que a seu ver a eximiram da apresentação da documentação respectiva.

Segundo assegurado, "o contrato de mútuo, por não ser um contrato solene, nos termos da legislação em vigor, não necessita de instrumento", entendimento que se mostrou respaldado pelos ensinamentos de diversos doutrinadores e pelas ementas de julgados que foram apresentadas.

No dia 05/11/2018, deu-se a lavratura do Termo de Intimação Fiscal nº 1, fls. 1004/1005, o que teve como resposta a correspondência de fls. 1006/1012, complementada pelos documentos de fls. 1013/1038.

No dia 11/12/2018, foi emitido o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 09.1.01.00-2018-00820-1, fl. 1039, ato processual que foi comunicado

ao contribuinte por Termo de Conversão de Diligência em Fiscalização, fl. 1040, notificado à Interessada pela via postal no dia 13/12/2018, fl. 1046.

No acima referido documento ficou estabelecido que a fiscalização poderá alcançar o IRPJ e o IOF relativos ao período de janeiro/2014 a dezembro/2016.

Dando por concluídos os trabalhos, a Autoridade Fiscalizadora lavrou o auto de infração de fls. 332/412, complementando-o pelo que consta do Relatório Fiscal de fls. 413/420.

Na parte introdutória de seu relatório, o Representante Fazendário anotou que na escrituração contábil digital do sujeito passivo estão registradas operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros, mas que não há registro da respectiva tributação do IOF, que inexistiu pagamento do imposto através de DARF – Documento de Arrecadação de Receitas Federais, e que não houve a confissão de débitos em DCTF – Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais.

Prosseguindo, após apresentar a composição societária da empresa, teceu considerações sobre a tributação do IOF, estabelecida pelo art. 13 da Lei nº 9.779/1999, tendo inferido ser o fato gerador do tributo a operação de crédito correspondente a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas, cujo fato gerador ocorre na data da concessão do crédito.

No tópico Empréstimos Concedidos, fez constar que na escrituração contábil da empresa foram encontradas operações de crédito correspondentes a mútuos de recursos financeiros concedidos na condição de mutuante a empresas ligadas.

Em 01/01/2014, a conta 1010305 - ADTO COLIGADAS / CONTROLADAS apresentava o saldo devedor de R\$ 4.797.390,84. A despeito da nomenclatura “adiantamento” presente nos títulos das contas sintéticas, os lançamentos verificados nas subcontas analíticas demonstravam que não eram exatamente adiantamentos que estavam sendo realizados, mas sim “aportes” de recursos financeiros que eram efetivados em favor de empresas ligadas, procedimento que era adotado na forma dos seguintes históricos:

“PGTO REF APORTE GREEN CAMPOS”; “VLR REF. APORTE PARA GREEN LOGISTICA - CASEIRO”; “VLR REF. APORTE PARA GREEN CAP - NFS DIVERSAS”; “APORTE PARA GREEN REAL”; “Vlr. Ref. APORTE GREEN ALEMANHA”

No lugar de a Autuada emprestar dinheiro para a empresa ligada, para que esta efetuasse os pagamentos de seus encargos financeiros, havia uma simplificação operacional e os pagamentos eram efetuados diretamente pela R F PARTICIPAÇÕES.

A despeito de não ter ocorrido o mútuo propriamente dito, na forma tradicional, a legislação tributária determina que essas operações de crédito assemelhadas também sofram a incidência do IOF.

Ao abordar a metodologia de cálculo do imposto, afirmou que nos casos que não envolvam mutuário optante pelo Simples Nacional, hipótese configurada em todas as operações tributadas, a alíquota do tributo será de 0,0041% ao dia, limitada a 1,5%, acrescida de um adicional de 0,38% (art. 7º do Regulamento do IOF, aprovado pelo Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, com a redação vigente na época dos fatos geradores).

Foram apresentados ainda os anexos a seguir reportados:

- Relação de lançamentos contábeis referentes a operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros, fls. 424/504;

- Relação de lançamentos contábeis referentes a operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros da conta 2010104022, fls. 505/510; e
- Razão com contrapartidas das contas contábeis, fls. 511/553.

O sujeito passivo foi notificado do lançamento, pela via postal, em 19/12/2018.

No dia 18/01/2019, foi peticionada de forma eletrônica, fl. 1049, a juntada aos autos da impugnação de fls. 1051/1076, documento que será a seguir apresentado.

O modelo de negócios da Impugnante

A R F PARTICIPAÇÕES é uma empresa com expertise em loteamentos residenciais e industriais.

Na execução de seu objeto social, realiza a incorporação de loteamentos e condomínios sobre imóveis, geralmente de terceiros, cujas obras de infraestrutura ficam a cargo da Impugnante.

Ante a diversidade de negócios e a pluralidade de envolvidos, com participações distintas nos diversos empreendimentos, a Contestante celebra contratos de parceria por meio da constituição de Sociedades de Propósito Específico e de Sociedades em Conta de Participação.

A Sociedades de Propósito Específico é regida pelo art. 981 do Código Civil.

Quanto à Sociedade em Conta de Participação, é disciplinada nos artigos 991 a 996 do Código Civil.

Por meio da formalização de Sociedades de Propósito Específico e de Sociedades em Conta de Participação a R F PARTICIPAÇÕES viabiliza os recursos para a execução das obras, permanecendo no controle executivo e administrativo dos empreendimentos.

A constituição desses tipo de sociedades representou medida operacional adotada para facilitar o exercício empresarial e, conseqüentemente, a função social da sociedade, consistente no desenvolvimento econômico e na geração de novos postos de trabalho.

Os contratos sociais anexados visam possibilitar a verificação de que, além de administradora (diretamente, ou na pessoa de um de seus sócios), a Impugnante detinha a maior parcela do capital social.

O que até aqui foi dito demonstra que havia justa causa (motivo negocial) para que a R F PARTICIPAÇÕES realizasse transações com as demais empresas (pagamento de despesas de coligadas/controladas), caracterizando contrato de conta corrente.

Preliminar – Nulidade do procedimento – Delimitação do objeto da fiscalização – Ofensa ao contraditório e à ampla defesa

O auto de infração é nulo uma vez que no início da fiscalização não houve a devida delimitação dos fatos jurídicos tributários objeto de exame.

No Termo de Início do Procedimento Fiscal foi exigida uma série de documentos, sem a especificação de qual relação jurídico tributária se estava fiscalizando, se IOF, se IRPJ, se CSLL, e assim por diante.

A informação no campo “Objeto do Procedimento”, que foi a “verificação de documentos relativos a operações com terceiros” não tem o escopo de afastar a patente nulidade formal existente.

Isso porque toda e qualquer relação de uma pessoa jurídica se dá perante terceiros (relação com funcionários, sócios, fornecedores e clientes, dentre outros).

Essa omissão do Termo de Início prejudicou o exercício do contraditório e da ampla defesa da Litigante. Desconhecendo os fatos jurídicos fiscalizados, fez uma apresentação ampla e genérica de documentos e esclarecimentos.

Amparando seu posicionamento, apresentou a doutrina de renomados autores e citou a Súmula STF nº 439, exarada no sentido de que “Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação”.

Ao informar que o objeto do procedimento seriam “operações com terceiros”, o Fisco promoveu “uma varredura em todas as atividades da empresa, o que não encontra justificativa”.

Nesse sentido, decisão do STF (HC 82.788, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/04/2005).

A conversão da diligência em fiscalização se mostrou um ato apenas e tão somente formal, realizado com o intuito exclusivo de cumprir exigências legais constantes na Portaria RFB nº 6478/2017, o que não se pode admitir:

- em 21/09/2018 foi lavrado o TDPF-D Termo de Início do Procedimento Fiscal – Diligência;
- em 11/12/2018 foi lavrado o Termo de Conversão de Diligência em Fiscalização, o qual foi recebido em 13/12/2018;
- em 17/12/2018 foi lavrado o Auto de Infração , o qual foi recebido em 19/12/2018.

Somente quando da lavratura do Termo de Conversão de Diligência em Fiscalização é que a impugnante R. F. PARTICIPAÇÕES foi informada sobre a real delimitação do objeto da fiscalização. E a partir daí não lhe foi dada oportunidade de manifestação.

Evidentemente que houve ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

No próprio Termo de Conversão consta informação expressa de que o contribuinte não deveria se manifestar. E, em prazo absolutamente exíguo (entre os dias 11/12/2018 e 17/12/2018), foi lavrado o auto de infração. Ou seja, o Auto de Infração já estava pronto!

Desse modo, a Impugnante não teve oportunidade de se manifestar quanto ao IOF, o que demonstra a violação ao contraditório e à ampla defesa.

Como será demonstrado, as transações realizadas pela Impugnante com empresas ligadas relacionavam-se a contratos de conta corrente. Caso a Fiscalização tivesse delimitado esta circunstância, a questão poderia ter sido devidamente apontada e esclarecida.

Quando da conversão da diligência em julgamento, a Fiscalização deveria ter oportunizado a manifestação da Impugnante. Não o fazendo, cerceou o contraditório.

Caso houvesse sido oportunizado o direito ao contraditório, não há dúvidas de que a Fiscalização consideraria a ocorrência de contratos de conta corrente e concluiria pela não incidência do IOF.

Portanto, se não houve a delimitação do objeto da Fiscalização (a formal notificação da Impugnante quanto ao objeto da fiscalização), deve ser reconhecida a nulidade do procedimento por ofensa ao contraditório.

Mérito – Operação de Conta Corrente

É preciso reconhecer que as transações bancárias realizadas pela Impugnante não se caracterizam como operações de mútuo.

Como já referido, a R. F. PARTICIPAÇÕES era a responsável operacional e administrativa pelas atividades em empresas coligadas, instituídas nas formas de Sociedades de Propósito Específico e/ou de Sociedade em Conta de Participação.

O modelo societário foi estruturado com o propósito de fazer cumprir o objeto social da empresa, sobretudo pela necessidade de levantamento de recursos para a execução dos empreendimentos, bem como a manutenção da Impugnante no controle administrativo das sociedades.

Logo, não foram realizadas operações de mútuo, instituto jurídico que foi muito bem caracterizado pelo CARF, conforme verificado no Acórdão nº 3402-003.018.

Para que haja mútuo, após a transferência, o mutuário deverá dispor livremente do bem mutuado, o que não ocorre na situação em julgamento, conforme verificado no Relatório Fiscal, que expressamente reconheceu não ter ocorrido o mútuo propriamente dito.

E conforme dispõe o art. 108, § 1º, CTN, não é possível a tributação com base em analogia, situação que inclusive é reconhecida pelo CARF, no Acórdão acima apontado.

Além de refutar o emprego da analogia na tributação, o julgado em foco considerou não ser possível a tributação do IOF, no que se refere aos contratos de conta corrente.

Também estabeleceu que os recursos financeiros das empresas controladas que circulam nas contas da controladora não constituem de forma automática a caracterização de mútuo, não incidindo o IOF.

Na visão da Fiscalização, duas foram as circunstâncias que levaram à conclusão de que estaria diante de um contrato de mútuo: o fato de a grande maioria dos lançamentos estar relacionada a aportes realizados em empresas ligadas e em razão de ao ser intimado a apresentar os contratos de empréstimos, o sujeito passivo ter confirmado a existência dos mútuos.

Todavia, não basta a simples menção na partida contábil a um mútuo para que a operação se materialize instantaneamente, sobretudo quando as evidências contratuais demonstrem tratar-se de remessas operadas no bojo de um contrato de conta corrente.

Na realidade, o que restou admitida pela Fiscalizada foi a circulação de numerário, jamais a sua natureza de mútuo.

É inquestionável que o mútuo e o contrato de conta corrente guardam uma sutil semelhança, no que se refere à circulação de valores. Entretanto, ao inverso do entendido pela Fiscalização, o que se tem no caso em tela é contrato de conta corrente, conforme devidamente comprovado.

Pede-se, portanto, que na análise da presente Impugnação seja considerada a natureza jurídica de conta corrente das operações, de maneira a se afastar a incidência do IOF.

Como forma de ressaltar a necessária distinção entre o contrato de mútuo, atribuído pela Fiscalização, e o contrato de conta corrente, aplicável à espécie, foram destacadas duas importantes diferenças que bem lhes distinguem:

- o mútuo é temporário, pois pressupõe que haja a restituição da mesma coisa emprestada (ou seja, dinheiro) em prazo determinado; e

- o contrato de conta corrente é de prazo indeterminado, uma vez que perdurará enquanto seja de interesse dos envolvidos.

Portanto, nos contratos de conta corrente é possível que os pactuantes realizem o encontro de contas (no caso, não em moeda, mas sim em lotes, como verificado na cisão da Green Maria) somente ao término da relação contratual.

Acrescente-se que o próprio risco era compartilhado. Assim, nos casos da Green Continental e da Green Alemanha, os empreendimentos não foram viabilizados e as Sociedades com Propósito Específico foram distratadas, de maneira que as despesas da Green Continental e da Green Alemanha bancadas pela R F PARTICIPAÇÕES jamais foram ressarcidas para esta última pessoa jurídica, o que descaracterizou o mútuo.

Para facilitar a gestão dos negócios, é encargo da Impugnante efetuar os aportes quando demandada pelas demais empresas contratantes.

A contrapartida se dará quando da alienação dos loteamentos sobre os quais realizou investimentos, ocasião em que parcela do capital investido reverterá em favor da R F PARTICIPAÇÕES.

Assim, ao final do empreendimento, quando da entrega dos lotes, a Impugnante poderá exigir os valores disponibilizados, em moeda ou em lotes.

As variáveis acima identificadas caracterizam contrato de conta corrente, jamais contrato de mútuo.

Conforme art. 100, CTN, nem a lei tributária, tampouco a Fiscalização, podem alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado.

Como as circunstâncias fáticas e jurídicas estão a apontar a existência de contratos de conta corrente, não cabe à Fiscalização alterar as suas naturezas para o fim de promover a tributação, o que impõe que seja afastada a caracterização de mútuo e, em assim sendo, a incidência do IOF.

Não incidência do IOF para contribuinte que não é instituição financeira, nem a ela se equipara

A análise da norma jurídica tributária e das relações jurídicas dela decorrentes exige que seja realizado o exame de subsunção, ou seja, que seja verificado se os requisitos previstos pela norma estão presentes no caso concreto, de modo a possibilitar a incidência tributária.

Discorrendo sobre o tema, a doutrinadora Rosana Oleinik assevera que somente é possível a incidência da norma tributária no caso de instituição financeira figurar como sujeito passivo da relação obrigacional.

Embora se referindo a operação de factoring, o doutrinador Paulo de Barros Carvalho entende que a incidência do IOF exige a presença de instituição financeira.

Logo, como a R F PARTICIPAÇÕES não é uma instituição financeira, nem mesmo é a ela equiparada, requer que seja declarada a insubsistência do auto de infração em debate.

Multa de Ofício

Consta do auto de infração a aplicação da multa de ofício incidente no percentual de 75% sobre os débitos apurados no procedimento fiscal, o que teve por fundamento o disposto no art. 44, inc. I, Lei nº 9.430/1996.

Na eventualidade da manutenção dos lançamentos questionados, a multa de ofício deverá ser afastada ou, quando menos, reduzida.

No caso, não houve má-fé da contribuinte, que prestou todos os esclarecimentos que lhe foram solicitados.

A suposta falta de recolhimento se deu em razão de circunstância meramente interpretativa, no que se refere à incidência do IOF.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu pela possibilidade do afastamento da multa de ofício, quando caracterizada a boa-fé do contribuinte (RESP 1334749/AL, DJe 29/10/2014).

Sucessivamente, pugna-se pela redução da penalidade pecuniária para o percentual de 20%, já que o original percentual de 75% representa afronta ao princípio constitucional do não confisco (TRF1, AC 0007457-14.2007.4.01.3803, DJe 26/01/2018).

Provas

A R F PARTICIPAÇÕES requer a elaboração de prova oral (testemunhal), assim como a produção de prova documental, consistente na juntada de documentos que acompanham a petição.

Requer, ainda, seja deferida a produção de prova pericial, com a finalidade de demonstrar que o fluxo de transações realizadas é indicativo de contrato de natureza de conta corrente.

Conclusão

O Auto de Infração está pautado em premissas equivocadas, quais sejam:

- está eivado de nulidade decorrente do início do procedimento, quando não foi delimitado o objeto investigado;
- não estamos diante de um contrato de mútuo, mas de conta corrente, sobre o qual não incide IOF conforme ampla jurisprudência do CARF (Acórdãos nº 3101-001.094 e 3402- 003.018); e
- a Impugnante não é instituição financeira, não se sujeitando à incidência do IOF.

Pedidos

A Litigante requer que seja proferida decisão que declare a nulidade do procedimento, uma vez que não houve a devida delimitação do objeto da fiscalização, prejudicando o exercício dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Sucessivamente, requer que seja declarada a insubsistência do Auto de Infração, uma vez que não se está diante de operação de mútuo, mas de conta corrente, além de a R F PARTICIPAÇÕES não ser uma instituição financeira, pelo que não está sujeita ao IOF.

Ainda sucessivamente, requer que seja afastada, senão reduzida, a multa de ofício, uma vez que a Impugnante sempre esteve de boa-fé e a multa no percentual de 75% é confiscatória.

Requer, assim, para comprovação dos fatos, que seja deferida a produção de prova oral, documental e pericial, conforme tópico próprio.

Instruindo a sua peça contestatória, a R F PARTICIPAÇÕES apresentou ainda os seguintes documentos:

- Anexo I - Parecer Jurídico acerca do modelo de negócio descrito na Impugnação, exarado pelo Advogado Dr. Elton Baiocco, fls. 1087/1099;
- Anexo II - Contratos Sociais, Contratos de Propósito Específico e Contratos de Sociedades em Conta de Participação, fls. 1100/1282;
- Anexo III - Cisão Parcial Green Maria Empreendimentos Imobiliários Ltda, fls. 1283/1330;
- Anexo IV - Comprovantes de baixa de Inscrição da Green Continental e da Green Alemanha, fls. 1331/1333;
- Anexo V - Parecer Técnico - Necessidade de Perícia, fls. 1334/1344.

Em decisão unânime, a 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Fortaleza julgou improcedente a impugnação, mantendo-se a integridade do crédito tributário constituído, em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2016

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NA FASE DE INVESTIGAÇÃO FISCAL. ETAPA INQUISITÓRIA DO PROCEDIMENTO. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

Antes da fase litigiosa do procedimento, instaurada por meio da impugnação da exigência (art. 14 do Decreto nº 70.235/1972), o que se tem é a etapa inquisitória do procedimento fiscal. Quanto ao contraditório e da ampla defesa, cabível o seu exercício somente a partir do momento da apresentação da peça contestatória, documento a conter os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, além de estabelecer os pontos de discordância, as razões e as provas que a Impugnante possuir (art. 16, inc. III, Decreto nº 70.235/1972).

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

Decisões administrativas emanadas de outros órgãos do contencioso, ainda que proferidas pela segunda instância administrativa, exceção feita àquelas pautadas em Súmula chancelada pelo Ministro da Fazenda, não ostentam efeito vinculante perante as DRJs. O mesmo se diga em relação às decisões judiciais, excepcionadas aquelas proferidas pelo STF com sede em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou em Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, § 2º, CF), e as decisões definitivas adotadas pelo plenário da Suprema Corte que declarem a inconstitucionalidade de ato normativo (art. 26-A, § 6º, inc. I, Decreto nº 70.235, de 1972), e as Súmulas Vinculantes (art. 103-A da CF).

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

Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2016

IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF. OPERAÇÃO DE MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS POR MEIO DE CONTA CORRENTE. INCIDÊNCIA.

O IOF previsto no art. 13 da Lei nº 9.779, de 1999, incide sobre as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros, independentemente da forma pela qual os recursos sejam entregues ou disponibilizados ao mutuário. Portanto, ocorre o

fato gerador do imposto nas operações de crédito dessa natureza também quando realizadas por meio de conta corrente, sendo irrelevante a existência de relacionamento entre as pessoas jurídicas envolvidas.

OPERAÇÕES DE CRÉDITO COM EMPRESAS VINCULADAS. DISPONIBILIZAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS COM POSTERIOR RETORNO DO NUMERÁRIO. INCIDÊNCIA DE IOF AINDA QUE A MUTUANTE NÃO SEJA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

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, ainda que o mutuante não seja instituição financeira nem entidade a ela equiparada.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada, a recorrente, em sede de recurso voluntário, reiterou os argumentos contidos na impugnação, requerendo que se reforme a decisão da Delegacia de Julgamento, em breve relato, tendo em vista o seguinte:

“3. Insurgiu-se a recorrente R. F. PARTICIPAÇÕES mediante a apresentação de Impugnação ao Auto de Infração. Na oportunidade, arguiu-se preliminar de nulidade do procedimento em razão da ausência de delimitação do objeto de fiscalização. No mérito, a não realização de mútuo, mas operações de conta corrente e, também, inexistência de subsunção ao critério material do IOF, pelo fato de que a recorrente R. F. PARTICIPAÇÕES não é instituição financeira. Por fim, pleiteou-se a redução da multa de ofício.”

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

1) Preliminar – Nulidade do procedimento por ausência de delimitação do objeto

A recorrente requer que este Conselho declare nulidade do procedimento fiscalizatório *“pela circunstância de que não houve a devida delimitação dos fatos jurídicos tributários objeto de exame”*.

Entende que a sua defesa restou prejudicada, *“afinal, não foi possível especificar com clareza a natureza jurídica das operações sob fiscalização, e quando se tentou comprovar a verdade, as instâncias iniciais já haviam estabelecido uma “conta de chegada”, o que aqui se afirma com o máximo respeito”*. (destaque no original)

Em síntese, a recorrente entende que procedimento iniciado sob Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal, na modalidade Diligência (TDPF-D), apresentava características de vagueza do objeto em exame, e quando convertido em Termo de Distribuição

de Procedimento Fiscal, na modalidade Fiscalização (TDPF-F), a autoridade fiscal esclareceu o real propósito do procedimento e impediu a sua correta defesa.

Importante repassar a legislação que ampara os procedimentos no âmbito da Receita Federal. Inicialmente, prevê o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66):

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo. (destaquei)

Prevê, ainda, o Decreto nº 70.235/72:

Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

(...)

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.

Art. 8º Os termos decorrentes de atividade fiscalizadora serão lavrados, sempre que possível, em livro fiscal, extraindo-se cópia para anexação ao processo; quando não lavrados em livro, entregar-se-á cópia autenticada à pessoa sob fiscalização. (destaquei)

Na esteira, rege o Decreto nº 3.724/01:

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB serão executados por ocupante do cargo efetivo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e terão início mediante expedição prévia de Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal - TDPE, conforme procedimento a ser estabelecido em ato do Secretário da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pelo Decreto nº 8.303, de 2014) (destaquei)

A Portaria RFB nº 6.478/17, em sua versão vigente à época do fato gerador, dispunha que o procedimento fiscal é um ato preparatório para eventual lavratura de auto de infração:

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos administrados pela RFB e ao controle aduaneiro do comércio exterior serão instaurados e executados pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, na forma prevista no art. 7º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, observado o disposto nos seguintes documentos de gestão administrativa:

I - Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Fiscalização (TDPF-F), para instauração de procedimento de fiscalização;

II - Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Diligência (TDPF-D), para realização de diligência; e

III - Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal Especial (TDPF-E), para prevenção de risco de subtração de prova.

Art. 3º Para fins do disposto nesta Portaria, entende-se por procedimento fiscal:

I - de fiscalização: ações que tenham por objeto verificar o cumprimento das obrigações tributárias relativas aos tributos administrados pela RFB e a aplicação da legislação do comércio exterior, e que possam resultar em redução de prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e em constituição de crédito tributário, este último inclusive quando decorrente de glosa de crédito em análise de restituição, ressarcimento, reembolso ou compensação, apreensão de mercadorias, representações fiscais, aplicação de sanções administrativas ou exigências de direitos comerciais; e

II - de diligência, ações que tenham por objeto a coleta de informações ou outros elementos requeridos pelo sujeito passivo ou de interesse da administração tributária, inclusive para atender exigência de instrução processual, e que possam resultar em constituição de crédito tributário ou aplicação de sanções administrativas por não atendimento à intimação no curso do procedimento de diligência efetuada por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

Parágrafo único. O procedimento fiscal poderá implicar a lavratura de auto de infração, notificação de lançamento, despacho decisório de indeferimento de crédito ou não homologação de compensação ou a apreensão de documentos, materiais, livros e assemelhados, inclusive em meio digital. (destaquei)

Portanto, o TDPF é um documento de gestão administrativa, sendo que o procedimento fiscal estará formalmente iniciado com a emissão do TDPF e materialmente circunscrito pelo objeto dos termos lavrados durante sua validade. Compulsando os autos, os termos de início de procedimento fiscal e demais termos de intimação não deixam dúvida quanto ao objeto em exame.

Outrossim, a jurisprudência neste Conselho é pacífica em distinguir o procedimento fiscal, como ato preparatório para o lançamento, do processo fiscal, em que se instaura o litígio. Nesse sentido, bem esclareceu a Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa, no voto do Acórdão nº 3002-001.372, no julgamento do Processo nº 10314.722963/2017-34:

É justamente na fase de lavratura do auto de infração que é facultado ao sujeito passivo o direito ao contraditório e a ampla defesa, dado que o ato preparatório constante na fase anterior (procedimento fiscal) há, tão somente, o levantamento de dados/informações sobre eventual descumprimento as obrigações tributárias ou no regime aduaneiro e, por isso, não há que se falar em cerceamento de defesa.

No mais, diversas foram as interações entre a autoridade fiscal e o sujeito passivo, sendo que a recorrente participou ativamente de todo procedimento fiscalizatório, apresentando documentos, concedendo informações e, quando do encerramento do procedimento, momento em que instaurado, de fato, o processo fiscal, apresentou impugnação ao auto lavrado demonstrando pleno conhecimento dos fatos a ela imputados.

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade perquirida pela recorrente.

2) Mérito – Operação de conta corrente – A contribuinte não é instituição financeira

A recorrente pugna pela inaplicabilidade do IOF sobre operações de conta corrente e pela não incidência do imposto em operações entre empresas não financeiras, em síntese, da seguinte forma:

- a. “quanto ao fundamento de inexistência do contrato de conta corrente, é fato que o ordenamento jurídico – e especialmente a legislação tributária – confere mecanismos para refutar a pretensa exigência de solenidade”;
- b. “o fato de os valores retornarem à recorrente R. F. PARTICIPAÇÕES ao término do contrato de conta corrente (alienação dos loteamentos), não descaracteriza a natureza jurídica da mencionada espécie contratual. Muito pelo contrário, lhe é típico”;
- c. “recorrente R. F. PARTICIPAÇÕES e as demais empresas arroladas pela d. Fiscalização “convencionaram” – pela via das Sociedades de Propósito Específico e Sociedade em Conta de Participação – a reunião de contas para facilitar o desenvolvimento do empreendimento; portanto, relacionam-se os investimentos às mencionadas sociedades, de modo que carece o requisito da bilateralidade inerente à ocorrência de uma operação”; e
- d. “considerando que a recorrente R. F. PARTICIPAÇÕES não é instituição financeira, tampouco equiparada, as transações financeiras pontuadas pelo Auto de Infração não estão sujeitas ao IOF”.

Necessário repassar o que a legislação tributária expõe como fundamentos para a tributação do IOF.

O imposto sobre operações de crédito encontra-se autorizado pelo previsto no art. 153, V, da CF/88:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

O CTN estabelece, em seu art. 63, que, nas operações de crédito, o fato gerador do IOF é a entrega total ou parcial do crédito ou a sua colocação à disposição do beneficiário:

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;

O art. 13 da Lei nº 9.779/99 determina que as operações de crédito entre pessoas jurídicas seguem a incidência de IOF segundo as normas aplicáveis às operações de instituições financeiras:

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.

O mesmo texto encontra-se presente no art. 2º, I, “c” do Decreto nº 6.306/07, que regulamenta o IOF.

Art. 2º O IOF incide sobre:

I - operações de crédito realizadas:

(...)

c) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, art. 13);

Pois bem.

A defesa sustenta que a ausência de contrato de conta corrente e o fato dos valores retornarem à recorrente não descaracteriza a espécie contratual, sendo que o modelo escolhido de operação foi o de reunião de contas para desenvolvimento do empreendimento. Irreparável a análise realizada pelo julgador de piso:

“Relevante se ressaltar, de pronto, o fato de a Fiscalização ter afirmado que o que se tem no caso em tela não são operações de mútuo entabuladas na sua forma convencional dado que, no lugar de a Litigante emprestar o dinheiro para a empresa ligada, o que havia era uma simplificação operacional dos procedimentos, com os pagamentos sendo realizados diretamente pela pessoa jurídica atuada, culminando suas colocações com a assertiva de que

Apesar de não ter ocorrido o mútuo propriamente dito na forma tradicional, a legislação tributária determina que essas operações de crédito assemelhadas também sofrem incidência do IOF, ou seja, o fato de o sujeito passivo simplificar a operação de mútuo não afasta a ocorrência do fato gerador.

E a simplificação apontada pela Autoridade Lançadora nada mais é do que a formulação de procedimentos equivalentes ao que se convencionou denominar de contratos de conta corrente, atributo este que foi expressamente admitido pela Defendente que, não obstante tenha dessa maneira procedido, clamou pela não incidência do IOF nas operações de conta corrente admitidas como praticadas.

Atentemos ao fato de que, quanto às contrapartidas dos aportes financeiros efetuados pela Impugnante, se davam quando a Empresa de Propósito Específico ou a Sociedade em Conta de Participação efetuavam a alienação do loteamento, momento em que a R F PARTICIPAÇÕES era ressarcida do capital investido.

Portanto, a despeito de não constar dos autos a presença de efetivos contratos de conta corrente, dado que o que houve no caso concreto foram os pagamentos diretos de encargos de pessoas jurídicas ligadas, os quais eram posteriormente recuperados pela Impugnante, tenho como correto o procedimento da fiscalização, ao sujeitar tais operações ao IOF.” (destaque no original)

Diversas são as decisões no mesmo sentido no âmbito do CARF, em relação aos contratos de conta corrente, inclusive desta nobre turma de julgamento, conforme as seguintes ementas parciais:

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

IOF. MUTUO. OPERAÇÃO DE CONTA CORRENTE. GESTÃO DE CAIXA ÚNICO. DISPONIBILIZAÇÃO E/OU TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. INCIDÊNCIA.

A disponibilização e/ ou a transferência de recursos financeiros a outras pessoas jurídicas (coligadas), ainda que realizadas sem contratos escritos, mediante a escrituração contábil dos valores cedidos e/ ou transferidos, com a apuração periódica de saldos devedores, constitui operação de mútuo sujeita à incidência do IOF.

(Acórdão nº 9303-010.184, Processo nº 11060.722406/2011-10, julgamento de 12.02.2020, Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos)

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

Ano-calendário: 2009, 2010

DISPONIBILIZAÇÃO E/OU TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. OPERAÇÃO DE CONTA-CORRENTE. APURAÇÃO PERIÓDICA DE SALDOS CREDORES E DEVEDORES. INCIDÊNCIA.

A disponibilização e/ ou a transferência de recursos financeiros a outras pessoas jurídicas, ainda que realizadas sem contratos escritos, mediante a escrituração contábil dos valores cedidos e/ ou transferidos, com a apuração periódica de saldos devedores, constitui operação de mútuo sujeita à incidência do IOF.

(Acórdão nº 9303-009.257, Processo nº 10480.725110/2014-90, julgamento de 13.08.2019, Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal)

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

Ano-calendário: 2009, 2010

IOF. INCIDÊNCIA. CONTRATO DE CONTA CORRENTE. MÚTULO. CARACTERIZAÇÃO.

A entrega ou colocação de recursos financeiros à disposição de terceiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, havendo ou não contrato formal e independente do nomen juris que se atribua ao ajuste, consubstancia hipótese de incidência do IOF, mesmo que constatada a partir de registros ou lançamentos contábeis, ainda que sem classificação específica, mas que, pela sua natureza, importem colocação ou entrega de recursos à disposição de terceiros.

(Acórdão nº 3401-004.340, Processo nº 15504.723993/2015-82, julgamento de 30.01.2018, Conselheiro Robson José Bayerl)

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

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

OPERAÇÕES DE CRÉDITO. MÚTULO DE RECURSOS FINANCEIROS. CONTRATO DE CONTA CORRENTE. INCIDÊNCIA DE IOF.

O mecanismo de conta corrente mantido entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, pelo qual uma disponibiliza à outra recursos financeiros que deverão ser

restituídos ao cabo de prazo determinado ou indeterminado, configura operação correspondente a mútuo sobre a qual incide IOF, segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.

(Acórdão nº 3301-005.578, Processo nº 15504.727141/2017-26, julgamento de 12.12.2018, Conselheiro Valcir Gassen)

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

Ano-calendário: 2014

IOF. MUTUO. OPERAÇÃO DE CONTA CORRENTE. GESTÃO DE CAIXA ÚNICO. DISPONIBILIZAÇÃO E/OU TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. INCIDÊNCIA.

A disponibilização e/ ou a transferência de recursos financeiros a outras pessoas jurídicas (coligadas), ainda que realizadas sem contratos escritos, mediante a escrituração contábil dos valores cedidos e/ ou transferidos, com a apuração periódica de saldos devedores, constitui operação de mútuo sujeita à incidência do IOF

(Acórdão nº 3302-012.776, Processo nº 19515.720077/2019-46, julgamento de 17.12.2021, Conselheiro Vinícius Guimarães)

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

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2014

OPERAÇÃO DE CRÉDITO ENTRE EMPRESAS LIGADAS. CONTA CORRENTE CONTÁBIL. INCIDÊNCIA DE IOF. OPERAÇÃO DE CRÉDITO CORRESPONDENTE À MÚTUO FINANCEIRO.

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

(Acórdão nº 3301-006.520, Processo nº 10746.721264/2016-14, julgamento de 24.07.2019, Conselheiro Salvador Cândido Brandão Junior)

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

Ano-calendário: 2011, 2012

IOF. OPERAÇÃO DE CRÉDITO. CONTRATO DE CONTA CORRENTE. DISPONIBILIZAÇÃO DE RECURSOS.

A disponibilização de recursos aos pactuantes de contrato de conta corrente configura operação de crédito para fins de incidência do IOF, a qual possui aceção ampla dada pela lei, alcançando a colocação ou entrega de recursos à disposição de terceiros, como as decorrentes de registros ou lançamentos contábeis ou sem classificação específica.

(Acórdão CARF nº 3301-005.350, Processo nº 10380.730530/2016-88, julgamento de 23.10.2018, Conselheira Liziane Angelotti Meira)

Esta última decisão, inclusive, foi integralmente confirmada pelo Acórdão nº 9303-009.885 da 3ª Turma da CSRF.

Nesse afinamento, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.239.101/RJ (DJe 10/09/2011), de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, decidiu de forma convergente:

TRIBUTÁRIO. IOF. TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO CORRESPONDENTES A MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. ART. 13, DA LEI N. 9.779/99.

1. O art. 13, da Lei n. 9.779/99 caracteriza como fato gerador do IOF a ocorrência de “operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas” e não a específica operação de mútuo. Sendo assim, no contexto do fato gerador do tributo devem ser compreendidas também as operações realizadas ao abrigo de contrato de conta corrente entre empresas coligadas com a previsão de concessão de crédito.

2. Recurso especial não provido.

Ao disciplinar o tratamento das operações das pessoas jurídicas às das instituições financeiras, o legislador não o fez especificamente para os contratos de mútuo, mas, sim, com base nas operações de crédito equivalentes a mútuo. Foi opção legislativa não restringir a incidência do tributo apenas às situações em que formalmente o contrato seja de mútuo, escrito ou não.

As operações de crédito entre pessoas jurídicas são pactuadas sob amparo dos mais variados institutos jurídicos, além dos contratos de mútuo, como o caso de recursos disponibilizados pelas *holdings* a suas controladas, formalizados como contratos de conta corrente. Não haveria incidência do IOF nessas operações, caso a legislação restringisse o fato gerador apenas às situações formalmente reconhecidas como contrato de mútuo.

Com o objetivo de garantir a segurança jurídica, a incidência do fato gerador foi apartada das discussões sobre a denominação dos institutos específicos do direito civil. Assim, independente de acordos particulares, se uma pessoa jurídica concede crédito a outra, da mesma forma que o mútuo, o IOF incidirá.

É nesse sentido que rege o art. 7º, § 13 do Decreto nº 6.306/07:

Art 7º ...

§ 13. Nas operações de crédito decorrentes de registros ou lançamentos contábeis ou sem classificação específica, mas que, pela sua natureza, importem colocação ou entrega de recursos à disposição de terceiros, seja o mutuário pessoa física ou jurídica, as alíquotas serão aplicadas na forma dos incisos I a VI, conforme o caso.

Entendo como suficientes os elementos acima para dirimir a questão da tributação sobre os empréstimos da recorrente, tendo em vista que operações de conta corrente sujeitam-se à incidência do IOF, ratificando, assim, a decisão recorrida, que concluiu:

“Porquanto, com substrato nos fatos e nas normas acima apresentados, (...) firmo posicionamento no sentido da regularidade da incidência do IOF nas operações de aportes financeiros destinados a pagamentos de despesas de pessoas jurídicas relacionadas, os quais são restituídos à pessoa jurídica cedente no momento em que os

loteamentos são alienados, conforme afirmado pela Impugnante.” (destaque no original)

Por fim, tampouco merece ser acolhido o entendimento defendido de não incidência de IOF, uma vez que a recorrente não é instituição financeira. Como já exposto, esse argumento cai face ao exposto no *caput* do art. 13 da Lei nº 9.779/99, que, de forma livre, determina que as pessoas jurídicas, que praticam operações de crédito, sujeitam-se ao conjunto de normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimo das instituições financeiras.

Avançando no tema, bem observou a decisão recorrida:

“Assim, a responsabilidade sobre a cobrança e o recolhimento do tributo recairá sempre sobre a pessoa jurídica que conceder o crédito, ainda que ela não pertença ao mercado financeiro, como verificado no caso da R F PARTICIPAÇÕES que, pelo fato de ter disponibilizado recursos financeiros para empresas controladas, foi regularmente inserida no polo passivo da relação jurídico tributária, conforme consta do auto de infração ora julgado.”

A recorrente é sujeito passivo do IOF, nos termos do § 2º do art. 13 da referida lei, deste modo, nego provimento ao pleito quanto ao tema.

3) Multa de ofício

A recorrente sustenta o afastamento da multa de ofício, *“afinal, se não mais subsiste o motivo que deu causa à multa (suposta falta de recolhimento do tributo), tampouco deve subsistir o acessório (multa)”*.

Alega apoiar-se no histórico jurisprudencial do CARF, principalmente, no Acórdão nº 3402-003.018, pois *“era legítima a expectativa da recorrente R. F. PARTICIPAÇÕES que não deveria ofertar os fatos glosados à tributação, porquanto amparada pela jurisprudência administrativa, que é fonte complementar à legislação tributária”*.

A defesa não questiona a constitucionalidade da aplicação da multa, apenas argumenta que sem o fato gerador do tributo, a multa é inexistente.

Contudo, pelas razões expostas no voto, no sentido da manutenção integral do lançamento de ofício, e, como a penalidade em questão decorre da aplicação do art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, é correta a lavratura da multa de 75%.

4) Conclusão

É com essas considerações que voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe

Declaração de Voto

Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa.

Em que pese o meu respeito pelo i. Relator ousar divergir em relação ao mérito recursal “operação de conta corrente”.

Ao negar provimento ao pleito da empresa, em apertada síntese, o Relator adota como razões de decidir a redação do art. 13 da Lei nº 9.779/99, que alcançaria as operações de créditos entre empresas do mesmo grupo econômico (particulares), seja mediante mútuo, seja por meio de conta corrente, ao afirmar:

Ao disciplinar o tratamento das operações das pessoas jurídicas às das instituições financeiras, o legislador não o fez especificamente para os contratos de mútuo, mas, sim, com base nas operações de crédito equivalentes a mútuo. Foi opção legislativa não restringir a incidência do tributo apenas às situações em que formalmente o contrato seja de mútuo, escrito ou não.

A *priori*, peço venia para destacar que adoto a corrente que afasta o IOF nas operações de conta corrente, eis que inconfundível com o contrato de mútuo. Consabido que neste, 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 da 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).

Enquanto que 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. Mesmo assim, os sujeitos se confundem como ensinam SHOUEIRI e GALDINO (2023¹):

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

¹ SHOUEIRI, 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).

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 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.

Aproveito para adotar a definição dada por SHOUERI e GALDINO, que de forma precisa e didática, discorrem sobre as características de cada operação:

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.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 590.186/RG (Certidão de Julgamento em 11/10/2023), se debruçou sobre o tema, 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.

O Emin. Ministro Relator Dr. Cristiano Zanin ao examinar o texto do art. 13 da Lei 9.779/99, reconhece que o IOF-crédito também alcança o mútuo contratado entre empresas do mesmo grupo econômico (particulares), ainda que nenhuma delas seja instituição financeira, peço vênia para transcrever parte do voto:

(...)

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 Quirga 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.

(...)

A decisão consolida a exigência de IOF-crédito sobre os contratos de mútuo firmados entre empresas coligadas/interligadas (artigo 13 da Lei 9.779/99), unicamente. E, como dito, anteriormente, os instrumentos mútuo e conta corrente, não se misturam.

Diante das particularidades que, a meu ver, inexistem subsunção do fato à norma para incidência do IOF nos contratos de conta corrente, sendo hipótese para incidência o mútuo (Dec. nº 6.306/2007 e Lei nº 9.779/99).

Prossigo. A Recorrente atua no ramo imobiliário tendo como objeto social, a incorporação de empreendimentos imobiliários, a compra e venda de imóveis próprios e o aluguel de imóveis próprios.

Afirmou a DRJ que:

Ora, como visto acima, a expressão "operações de crédito" sob a qual incide o IOF compreende, dentre outras, as operações de empréstimo sob qualquer modalidade, situação que se faz presente no caso em julgamento em que a R F PARTICIPAÇÕES efetua aportes financeiros em empresas relacionadas e no futuro, quando da alienação dos loteamentos, o valor inicialmente despendido é devolvido para a Impugnante.

Dos documentos anexados, incontroverso os repasses pela Recorrente às empresas coligadas e/ou controladas, também a constituição de sociedades para execução de projetos imobiliários, figurando a Recorrente como sócia e as coligadas executoras. Ou seja, atua a Recorrente como investidora nas demais empresas do Grupo com prefixo "Green", gerenciada as operações mediante contrato de conta corrente.

A Green Portugal (antiga Green Loteamentos), empresa constituída pela Recorrente, aparece como favorecida de inúmeros repasses feitos por ela para uso em incorporação de empreendimento imobiliário com propósito específico de implementação de condomínio residencial fechado/loteado, segundo o seu Contrato Social:

Parágrafo único: O objeto social que é de Incorporação de Empreendimentos Imobiliários acrescido do propósito especial e exclusivo implantar um condomínio residencial fechado/loteamento, sobre o imóvel assim descrito "Áreas Rurais com matrículas de nº 17.314 (415.467,55m²), de nº 17.313 (335.232,55m²) e nº 17.886 (100.733,26m²) do Registro de Imóveis de Fazenda Rio Grande, com área total aproximada de 851.433,35m², com INCRA nº 701.106.027.529-4, situado na Avenida Portugal S/N, bairro Graia Azul, Fazenda Rio Grande - Paraná.

CLÁUSULA TERCEIRA: A sociedade iniciará suas atividades em 05 de maio de 2011 e seu prazo de duração é indeterminado.

CLÁUSULA QUARTA – O capital social subscrito e integralizado em moeda corrente no país e nesta data no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), dividido em 10.000 (dez mil) quotas no valor de R\$ 1,00 (um real) cada uma, e ficará assim distribuído entre os sócios:

SÓCIOS	QUOTAS	VALOR - R\$
R.F Participações Ltda.	3.500	3.500,00
Enne Engenharia de Negócios Ltda	6.500	6.500,00
Total	10.000	10.000,00

No contrato de constituição de Sociedade em Conta de Participação - SCP, a Green Portugal (antiga Green Loteamentos) aparece como sócia ostensiva incorporadora do projeto, cabendo a ela o seu financiamento juntamente com o sócio investidor bem como, gerenciamento de todo o empreendimento, inclusive das operações econômico-financeiras:

5. APORTES DE RECURSOS

5.1. O valor total de recursos a serem aportados pela **SÓCIA OSTENSIVA** e pela **INVESTIDORA** para a aquisição do imóvel descrito no item 1.3. acima, é de R\$ 25.951.000,00 (vinte e cinco milhões novecentos e cinquenta e um mil reais):

PARTICIPANTES	Valor total da Integralização - R\$	Valor integralizado ao Sinal do Negócio - R\$	Saldo a integralizar - R\$
SÓCIA OSTENSIVA	19.157.250,00	5.747.175,00	13.410.075,00
INVESTIDORA	6.385.750,00	1.915.725,00	4.470.025,00
TOTAL	25.543.000,00	7.662.900,00	17.880.100,00

Liquidada a sociedade, a sócia ostensiva receberia lotes decorrentes de sua participação no empreendimento:

9. PARTICIPAÇÃO NO EMPREENDIMENTO

9.1. Efetivado o registro da incorporação do Empreendimento no Registro de Imóveis competente, os **INVESTIDORES** receberão os lotes a que terão direito, permanecendo em vigor, no entanto, as demais obrigações ora pactuadas.

9.2. Como realização do fim social perseguido pela constituição desta SCP, os lotes serão divididos e entregues à INVESTIDORA na quantidade de 200 (duzentos) lotes, e sendo que os lotes remanescentes serão de titularidade exclusiva da SÓCIA OSTENSIVA.

Vê-se em seu balancete:

Fl. 24 do Acórdão n.º 3301-013.475 - 3ª Sejl/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10980.727509/2018-06

10105		ESTOQUES	16.614.148,77	1.982.305,54	13.922.402,01	4.674.052,30
1010501		LOTEAMENTOS DIVERSOS	2.202.369,55	733.144,81	2.935.514,36	0,00
1010501002	367-0	Custo do Loteamento	2.202.369,55	733.144,81	2.935.514,36	0,00
1010509		LOTEAMENTO ROMA	299.911,08	0,00	299.911,08	0,00
1010509002	567-3	Loteamento Roma	299.911,08	0,00	299.911,08	0,00
1010507		LOTEAMENTO COND GREEN TREE	399.900,03	0,00	227.943,02	171.957,01
1010507003	568-1	Loteamento Condomínio Green Tree	399.900,03	0,00	227.943,02	171.957,01
1010508		LOTEAMENTO COND GREEN GARDEN	399.066,52	966.399,89	371.224,00	994.242,41
1010508004	669-0	Loteamento Condomínio Green Garden	399.066,52	0,00	371.224,00	27.642,52
1010508005	681-8	Jorasa - Participação Investimento Green Garden	0,00	966.399,89	0,00	966.399,89
1010509		LOTEAMENTO COND GREEN LINE	457.277,85	0,00	391.249,50	96.028,35
1010509005	570-3	Loteamento Condomínio Green Line	457.277,85	0,00	391.249,50	96.028,35
1010510		EMPREENDIMENTO GREEN HILL	873.105,50	15.854,35	346.895,51	542.267,34
1010510001	671-8	Custo do Terreno - Green Hill	837.800,00	0,00	311.236,02	526.563,98
1010510002	672-6	Serviços de Terceiros - Green Hill	20.710,00	0,00	20.710,00	0,00
1010510003	673-4	Material Aplicado - Green Hill	4.705,36	0,00	4.705,36	0,00
1010510004	614-2	Compra Lote Green Hill - D. Borcath	9.892,14	15.854,35	10.041,13	15.705,36
1010511		LOTEAMENTO COND GREEN VILLAGE	894.279,87	12.362,18	485.025,53	441.616,52
1010511006	671-1	Loteamento Condomínio Green Village	894.279,87	0,00	485.025,53	429.254,34
1010511007	680-0	Jorasa - Participação Investimento Green Village	0,00	12.362,18	0,00	12.362,18
1010512		LOTEAMENTO NIVA FARRACHA I	495.859,76	0,00	495.859,76	0,00
1010512001	572-0	Loteamento Niva Farracha I	495.859,76	0,00	495.859,76	0,00
1010513		LOTEAMENTO NIVA FARRACHA II	496.549,80	0,00	203.585,41	292.964,39
1010513001	573-8	Loteamento Niva Farracha II	496.549,80	0,00	203.585,41	292.964,39
1010514		LOTEAMENTO COND GREEN GOLD	523.370,25	0,00	308.788,45	214.581,80
1010514001	574-6	Loteamento Condomínio Green Gold	523.370,25	0,00	308.788,45	214.581,80
1010515		EMPREENDIMENTO GREEN OCEAN	39.278,00	60,00	0,00	39.336,00
1010515002	669-6	Serviços de Terceiros - Green Ocean	39.278,00	60,00	0,00	39.336,00
1010516		LOTEAMENTO COND ARY ATTAB I	1.944.583,66	0,00	486.145,92	1.458.437,74
1010516002	576-2	Custo do Loteamento Ary ATTAB I	1.944.583,66	0,00	486.145,92	1.458.437,74
1010517		LOTEAMENTO GLEBA NOVA UKRAÏNA	7.292.510,00	0,00	7.292.510,00	0,00
1010517001	677-0	Lote Gleba Nova Ukraina - Green Cap	7.292.510,00	0,00	7.292.510,00	0,00
1010518		LOTEAMENTO DECO FARRACHA	0,00	25.000,00	0,00	25.000,00
1010518001	883-4	Custo do Loteamento - Deco Farracha	0,00	25.000,00	0,00	25.000,00
1010519		CONDOMÍNIO HP	0,00	50.000,00	0,00	50.000,00
1010519001	882-6	Jorasa - Participação Investimento HP Centro DI	0,00	50.000,00	0,00	50.000,00
1010520		LOTEAMENTO COND ARY ATTAB II	278.085,90	17.484,31	127.949,47	167.620,74
1010520004	466-1	Loteamento Condomínio Ary ATTAB II	278.085,90	17.484,31	127.949,47	167.620,74

O mesmo acontece com outros empreendimentos do grupo “Green”. Portanto, a princípio, não observo o preenchimento de requisitos próprios de mútuo: (i) contrato real; e, (ii) devolução da coisa de igual gênero, qualidade e quantidade (art. 586 do Código Civil). E na impossibilidade de confirmação da existência de contrato e que os aportes efetuados pela Recorrente, como sócia, foram devolvidos em igual monta pelas investidas (coligadas/controladas), inexigível o IOF-crédito.

Nessa direção, cito o Acórdão nº 3201-004.189:

(...)

Com base em tais premissas, o contrato de mútuo pressupõe o empréstimo de um bem fungível que, depois de um determinado lapso temporal, implicará ao mutuário o dever de devolver ao mutuante a coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Assim, se o mutuante emprestou dinheiro ao mutuário, depois de determinado período, o mutuário deverá devolver dinheiro ao mutuante.

(...)

Denota-se, então, da previsão legal que a regra-matriz de incidência do IOF sobre operações de crédito praticadas por pessoas jurídicas não-financeiras exige a presença de um contrato de mútuo.

O escólio de Alberto Xavier é importante ao caso:

"Sucedee que, no que concerne ao caso peculiar de operações realizadas por pessoas jurídicas não financeiras, a lei ordinária (Lei nº 9.779/1999) voltou de novo a autolimitar-se, restringindo o âmbito de incidência ao conceito bem mais restritivo de "mútuo de recursos financeiros".

Tivesse a lei ordinária adotado o conceito amplo de "operação de crédito", com raízes na lei constitucional e na lei complementar, poder-se-ia sustentar, com alguma verossimilhança, que os fluxos financeiros realizados por uma parte poderiam subsumir-se em tal conceito, na medida em que poderiam representar um diferimento no tempo de uma prestação, para usar o clássico conceito de "operação de crédito" de João Eunápio Borges.

Com efeito, o conceito de "operação de crédito" foi entre nós objeto de clara lição pelo referido autor.

"Em qualquer operação de crédito o que sempre se verifica é a troca de um valor presente e atual por um valor futuro. Numa venda a prazo, o vendedor troca a mercadoria o valor presente e atual pela promessa de pagamento a ser feito futuramente pelo comprador. No mútuo ou em qualquer modalidade de empréstimo, a prestação atual do credor corresponde a prestação futura do devedor.

O crédito é, pois, economicamente, a negociação de uma obrigação futura; é a utilização dessa obrigação futura para a realização de negócios atuais.

(...)

Na noção de crédito estão implícitos os seguintes elementos:

a) a confiança: quem aceita, em troca de sua mercadoria ou de seu dinheiro, a promessa de pagamento futuro, confia no devedor. Confiança que pode não repousar exclusivamente no devedor, mas em garantias pessoais (aval, fiança) ou reais (penhor, hipoteca, etc.) que ele ofereça em segurança da oportuna realização da prestação futura a que se obrigou; mas, de qualquer forma, é sempre a confiança elemento essencial do crédito;

b) o tempo, constituindo o prazo, o intervalo, o período que medeia entre a prestação presente e atual e a prestação futura.

(...)

Dívidas mais sérias, porém, se suscitam face à qualificação dos fluxos financeiros em causa como "mútuo de recursos financeiros", qualificação esta estritamente indispensável para atrair a incidência do IOF nas operações de crédito realizadas por pessoas jurídicas que não sejam instituições financeiras.

Trata-se, em suma, de saber se poderá a expressão "mútuo de recursos financeiros", utilizada no art. 13 da Lei nº 9.779/1999, ser interpretada em sentido amplo, de modo a abranger negócios

jurídicos que, muito embora não sejam mútuos em sentido técnico-jurídico, possam produzir efeitos econômicos similares aos de uma operação de crédito (...)" (XAVIER, Alberto. A Distinção entre Contrato de Contacorrente e Mútuo de Recursos Financeiros para Efeitos de IOF. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 208, fls. 15 a 26.)

O exemplo citado pela Recorrente em sua peça recursal é elucidativo para o correto deslinde da questão:

"Um exemplo pode ajudar a compreender a situação fática. Com base no regime de caixa, a Recorrente calcula a participação da CODEMIG nos valores efetivamente recebidos pela SCP no mês de janeiro do ano XI. Esse valor é pago à CODEMIG até o 5º dia útil do mês de fevereiro do ano XI. Ocorre que as estimativas de IRPJ e CSLL correspondentes ao mês de janeiro somente são recolhidas no último dia útil do mês de fevereiro do ano XI, motivo pelo qual o valor correspondente somente é reembolsado (ou descontado da próxima participação da CODEMIG) no 5º dia útil do mês de março, ao efetuar o pagamento da participação correspondente ao mês de fevereiro.

Note-se que, após o registro da obrigação tributária a recolher, a Recorrente providencia o registro contábil do "valor a receber" correspondente à participação da CODEMIG nos tributos devidos (25% dos tributos devidos pela SCP) na conta contábil 11205003 - CODEMIG IMPOSTOS, embora o seu efetivo recebimento (ou desconto) somente ocorra após o pagamento do tributo, com base no regime de caixa.

Face ao que precede, é fácil concluir que, em nenhum momento, houve a disponibilização de recursos para a CODEMIG no âmbito de uma relação de crédito, como se suscita. Ao contrário, a Recorrente cumpriu rigorosamente as disposições contratuais que disciplinam a sua participação nos resultados da SCP."

E prossegue a Recorrente com acerto:

"Como se não bastasse, há algo mais a ser dito a respeito da participação da CODEMIG nos impostos devidos em virtude das atividades desenvolvidas pela SCP.

Invariavelmente, a Recorrente opta pelo recolhimento das antecipações de IRPJ e CSLL com base no método das estimativas mensais, mediante aplicação de um percentual sobre a sua receita bruta mensal. Ou seja, a Recorrente não utiliza a alternativa de calcular as antecipações de IRPJ e CSLL com base em balancete mensal de suspensão ou redução, como permite o artigo 35 da Lei n. 8.981, de 20.1.1995.

Ocorre que, para fins de atendimento das regras contábeis vigentes, especialmente aquelas introduzidas pela Lei n. 11638, de 28.12.2007, que iniciou o processo de convergência das regras contábeis brasileiras aos padrões internacionais

("International Financial Reporting Standards" - IFRS), a Recorrente segue o procedimento de evidenciar, na elaboração de suas demonstrações financeiras, os valores de IRPJ e CSLL que seriam efetivamente devidos com base no lucro real. Ou seja, a Recorrente utiliza, para fins contábeis, os valores que seriam devidos com base no lucro real.

Isso ocorre porque o recolhimento mensal por estimativa decorre de uma norma tributária, sendo que, para demonstração aos investidores, a Recorrente deve seguir as normas contábeis vigentes, que exigem a demonstração do valor que seria efetivamente devido a título de IRPJ e CSLL, com base no lucro real anual.

Em virtude do procedimento contábil acima, a Recorrente também registra, como "valor a receber" decorrente da participação da CODEMIG nos tributos devidos, na conta contábil 11205003 - CODEMIG IMPOSTOS, o montante correspondente à participação da CODEMIG nas antecipações de IRPJ e CSLL que serão efetivamente devidas no encerramento do período de apuração, com a apuração do lucro real efetivo.

Com esse procedimento, a Recorrente evidencia em suas demonstrações financeiras os valores efetivos de IRPJ e CSLL a recolher com base no lucro real, bem como a parcela de tais valores que será suportada pela CODEMIG. Portanto, uma parte do valor registrado na conta contábil 11205003 - CODEMIG IMPOSTOS reflete um reembolso que somente será recebido da CODEMIG no ano-calendário seguinte, após efetivo pagamento dos saldos de IRPJ e CSLL a recolher aos cofres públicos.

De fato, como os fatos geradores do IRPJ e da CSLL são anuais, em 31 de dezembro de cada ano-calendário a Recorrente calcula os valores de IRPJ e CSLL efetivamente devidos, sendo que os respectivos saldos de IRPJ e CSLL são pagos em quota única até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente.

Após o efetivo pagamento do tributo (relembre-se que a participação nos resultados da SCP é calculada pelo regime de caixa), o valor relativo à participação da CODEMIG nos tributos devidos pela SCP é reembolsado ou compensado contra os seus direitos de participação dos meses subsequentes.

Sintetizando os procedimentos contábeis alinhados acima, pode-se dizer que os valores de IRPJ e CSLL antecipados com base na receita bruta são reembolsados pela CODEMIG no mês subsequente ao seu pagamento pela Recorrente, tendo em vista que tais montantes são recolhidos no último dia útil do mês subsequente ao mês de apuração. Por outro lado, no que tange ao saldo correspondente ao IRPJ e à CSLL devidos com base no lucro real efetivo, a Recorrente apenas recebe o reembolso após o seu efetivo recolhimento no último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente, em conformidade com o regime

de caixa pactuado entre as partes na escritura pública de constituição da SCP, nos termos acima comentados.

Isso demonstra cabalmente que o procedimento adotado pela Recorrente não pode ser equiparados um contrato de mútuo. No contrato de mútuo, a pessoa jurídica mutuante tem o direito de receber a devolução do valor do principal emprestado, acrescido ou não de juros, conforme pactuado entre as partes. No caso do reembolso, a Recorrente somente recebe eventual devolução se e quando houver o recolhimento de imposto ao erário público, com base no regime de caixa. Assim, caso a SCP eventualmente apure prejuízo e não haja qualquer valor a recolher aos cofres públicos, é evidente que o valor transferido da Recorrente para a CODEMIG sob o regime de caixa será definitivo, não sendo possível se falar em devolução. Essa circunstância, por si só, impede sua equiparação a um empréstimo, como pretende a fiscalização e a DRJ/JFA."

Pelo exposto, considerando o modelo adotado, está evidente que a relação jurídica entre a Recorrente e a CODEMIG não possui natureza jurídica de contrato mútuo, o que afasta a possibilidade de incidência do IOF/Crédito, como pretendido pela fiscalização e ratificado pela decisão de 1ª instância proferida pela DRJ/JFA.

É claro, portanto, que não houve a disponibilização de recursos à CODEMIG, no âmbito de uma relação de concessão de crédito.

A operação que não se revestir dos atributos do contrato de mútuo não resultará em obrigação tributária à pessoa jurídica envolvida de pagar o IOF.

Não se pode pretender que ocorra a incidência do IOF sobre movimentações financeiras (fluxo financeiro) do modo como pretendido pela Fiscalização.

A pretensão da Fazenda Nacional, encontra óbice no contido no art. 108, § 1º do Código Tributário Nacional - CTN, pois se estaria a tributar com base na analogia, o que fere, ainda, o princípio da estrita legalidade em matéria tributária.

Dispõe o CTN:

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

(...)

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

(...)

No caso em apreço, a Fazenda Nacional utilizou-se do instituto da analogia para a inclusão do chamado "fluxo financeiro" no âmbito de incidência do IOF, invadindo indevidamente o terreno do princípio da legalidade ou da reserva legal que, em sede de direito tributário, estabelece que o tributo só pode ser instituído ou aumentado por lei.

É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ acerca da impossibilidade do emprego da analogia não poder resultar na exigência de tributo não previsto em lei, conforme precedentes a seguir colacionados:

"TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS DE MANOBRAS E DE REMOÇÃO. NULIDADE DA CDA. OCORRÊNCIA.

1. A lista de serviços é "números clausus" inadmitindo interpretação por analogia, como fez o Município para cobrar o ISS da recorrente, em flagrante violação ao princípio da legalidade tributária.

2. Recurso especial conhecido e provido por maioria." (REsp 401.698/ES, Rel. Ministro PAULO MEDINA, Rel. p/ Acórdão Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2002, DJ 09/06/2003, p. 213)

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE - CORREÇÃO MONETÁRIA - ANALOGIA - IMPOSSIBILIDADE - RESERVA LEGAL.

- Revela-se inviável a pretendida interpretação analógica do art. 5º do Decreto-Lei 2.354/87, no sentido de corrigir monetariamente o valor retido do Imposto de Renda decorrente

de aplicações financeiras, uma vez que na esteira da construção jurisprudencial desta Corte, exige-se Lei que determine tal correção, vedando-se o uso da analogia.

- Precedentes - Recurso improvido." (REsp 389.403/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2002, DJ 11/11/2002, p. 154)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE A HABILITAÇÃO DE TELEFONES CELULARES. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE QUE NÃO SE CONSTITUI EM SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. ANALOGIA EXTENSIVA. EXIGÊNCIA DE TRIBUTO SOBRE FATO GERADOR NÃO PREVISTO EM LEI. PROIBIÇÃO. ART. 108, § 1º, DO CTN.

I - No ato de habilitação de aparelho móvel celular incorre qualquer serviço efetivo de telecomunicação, senão de disponibilização do serviço, de modo a assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações.

II - O ICMS incide, tão somente, na atividade final, que é o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre o ato de habilitação do telefone celular, que se afigura como atividade meramente intermediária.

III - O Convênio ICMS nº 69/98, ao determinar a incidência do ICMS sobre a habilitação de aparelho móvel celular, empreendeu verdadeira analogia extensiva do âmbito material de incidência do tributo, em flagrante violação ao art. 108, § 1º do CTN.

IV - Recurso Ordinário provido." (RMS 11.368/MT, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2004, DJ 09/02/2005, p. 182)

A cobrança do IOF no caso sobre o fluxo financeiro estabelecido pela Recorrente viola o princípio da tipicidade tributária, segundo o qual o tributo só pode ser exigido quando todos os elementos da norma jurídica tributária - hipótese de incidência, sujeito ativo e passivo, base de cálculo e alíquotas - estejam previstos na legislação.

Como visto, é pacífico no Direito Tributário que o princípio da reserva legal ou da tipicidade fechada impossibilita o uso da analogia que resulte na exigência de tributo.

(...)

Em recente julgado, à unanimidade de votos, a 2ª Turma Ordinária, da Câmara, da 3ª Seção de Julgamento, decidiu que não incide o IOF pelo simples adiantamento de recursos, sendo imprescindível para a incidência tributária a exata correspondência a mútuo. A decisão está emendada nos seguintes moldes:

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

Período de apuração: 31/12/2012 a 04/01/2013

Ementa:

OPERAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE ATIVOS. ANTECIPAÇÃO DE VALORES. IOF MÚTUO. NÃO INCIDÊNCIA

A Lei 9.779, em seu art. 13, definiu como fato gerador do IOF a operação de crédito em que figure como fornecedora do crédito pessoa jurídica não financeira, mas desde que essa operação corresponda a mútuo de recursos financeiros. Assim, o simples adiantamento de recursos a parte relacionada, como pagamento para a aquisição de ativos a ser entregue futuramente, não se encontra na hipótese de incidência do IOF.

Recurso de ofício negado." (Processo nº 11080.731006/2015-91; Acórdão 3402-005.259; Relator Conselheiro Diego Diniz Ribeiro, sessão de 23/05/2018)

(...)

O mesmo raciocínio até aqui exposto, tem aplicação aos recursos provenientes das operações da ACC e ACE, os quais foram posteriormente repassados à CODEMIG.

É de se acrescentar que tal antecipação de recursos à CODEMIG, não pode ser caracterizada como uma modalidade de empréstimo, sujeita à incidência do IOF/Crédito.

A Recorrente pontua:

"Os valores em questão são antecipados à CODEMIG, no percentual de sua participação na SCP, tendo em vista que as duas sociedades concorrem para o beneficiamento e industrialização do pirocloro.

Assinale-se, ainda, que esse procedimento ocorre única e exclusivamente em cumprimento a escritura pública de constituição da SCP, que regula as relações entre a Recorrente e a CODEMIG, a qual estabelece o seguinte:

1.0. Receita Bruta de Vendas - Inclui a receita bruta recebida na venda de produtos derivados do beneficiamento e industrialização do pirocloro de Araxá.

1.1. As vendas em moeda estrangeira serão computadas pelo valor em cruzeiros efetivamente recebidos na venda de cambiais.

Salta aos olhos que a cláusula 1.1, acima transcrita, estabelece expressamente que as vendas em moeda estrangeira serão computadas pelo valor em cruzeiros efetivamente recebidos na

venda de cambiais. Em termos práticos, isso significa que o valor recebido na venda de cambiais integra a receita bruta sobre a qual será calculada a participação da CODEMIG, com base nos valores efetivamente ingressados.

Como se sabe, as operações de ACC e ACE caracterizam-se pela antecipação, total ou parcial, em moeda nacional, concedida por instituição financeira, de moeda estrangeira a ser entregue futuramente pelo exportador. Neste sentido, convém reproduzir a definição constante do item 1, seção 3, capítulo 3, do Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais ("RMCCI"):

'O adiantamento sobre contrato de câmbio constitui antecipação parcial ou total por conta do preço em moeda nacional da moeda estrangeira comprada para entrega futura, podendo ser concedido a qualquer tempo, a critério das partes.'

Na operação de ACC, os recursos são concedidos pela instituição financeira para o exportador antes do embarque da mercadoria, ao passo que no ACE os recursos são concedidos após o embarque da mercadoria. Em qualquer caso, o valor efetivamente recebido compõe a receita bruta da SCP, para o cálculo da participação da CODEMIG."

O fato de a Recorrente entregar os recursos financeiros para a CODEMIG e, posteriormente, receber o reembolso das despesas com tributos, em conformidade com a escritura pública de constituição da SCP, não caracteriza relação mútua, como posto na autuação.

Assim, entendo que o denominado fluxo financeiro decorrente da participação da Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais ("CODEMIG") em sociedade em conta de participação ("SCP") não constitui hipótese de incidência do IOF/Crédito, merecendo ser provido o recurso nesta parte.

Por fim, percebe-se das provas que a Recorrente atua como investidora nas coligadas/controladas, recebendo em contrapartida não só imóveis como, ainda, lucros nas participações nas sociedades, o que, novamente, descaracteriza o mútuo.

Os registros contábeis, ao que parece, estão de acordo com as Normas da Contabilidade. Vejamos o balancete da Recorrente:

Cordilheira Sistema Contábil			Balancete de Verificação		Data:	13/06/2016
Consolidação: Empresa			Grau: 5		Hora:	15:22
			Período:		01/2015 a 12/2015	
Conta	Reduzida	Nome	Saldo Anterior	Débito	Crédito	Saldo Atual
1010801003	564-9	Roberta Leite Atherino	254.434,50	0,00	254.434,50	0,00
102		ATIVO NAO CIRCULANTE	9.361.012,24	7.620.973,42	630.618,84	16.561.366,82
10202		INVESTIMENTOS	251.945,68	6.347.771,10	205.768,27	6.393.948,51
1020201		PARTIC. CONTROL. COLIGADAS	65.230,00	4.080,00	0,00	69.310,00
1020201001	437-5	Green Field Empreendimentos Imobiliários Ltda	2.250,00	0,00	0,00	2.250,00
1020201002	438-3	Green Real Empreendimentos Imobiliários Ltda	10.000,00	0,00	0,00	10.000,00
1020201003	439-1	Green Campos Empreendimentos Imobiliários Ltda	10.000,00	0,00	0,00	10.000,00
1020201004	440-5	Green Portugal Empreendimentos Imobiliários Ltda	3.500,00	0,00	0,00	3.500,00
1020201007	448-0	Green Center Log Empreendimentos Imobiliários Ltda	10.000,00	0,00	0,00	10.000,00
1020201008	450-2	Green Maria Empreendimentos Imobiliários Ltda	6.000,00	0,00	0,00	6.000,00
1020201009	466-9	Green Company Empreendimentos Imobiliários Ltda	1.000,00	0,00	0,00	1.000,00
1020201022	788-9	Green Place Empreendimentos Imobiliários Ltda	3.330,00	1.170,00	0,00	4.500,00
1020201023	789-7	Green Logística Ltda	2.500,00	260,00	0,00	2.760,00
1020201024	790-0	Green Holanda Empreendimentos Imobiliários Ltda	100,00	0,00	0,00	100,00
1020201025	791-9	Green Cap Empreendimentos Imobiliários Ltda	3.350,00	150,00	0,00	3.500,00
1020201026	792-7	Green Any Empreendimentos Imobiliários Ltda	3.300,00	0,00	0,00	3.300,00
1020201027	793-5	Green Participações Ltda	9.900,00	0,00	0,00	9.900,00
1020201030	846-0	Campos Largo Empreendimentos Ltda	0,00	2.500,00	0,00	2.500,00
1020202		EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL	0,00	6.055.422,06	141.938,45	5.913.463,61

Corroborando, colaciono a NBC TSP 18/2018:

Método da equivalência patrimonial

(...)

16. Pelo método da equivalência patrimonial, o investimento em coligada ou em empreendimento controlado em conjunto é inicialmente reconhecido pelo seu custo e o seu valor contábil deve ser aumentado ou diminuído pelo reconhecimento da participação do investidor no resultado do período da investida após a data da aquisição. A participação do investidor no resultado do período da investida deve ser reconhecida

no resultado do período do investidor. Distribuições recebidas da investida reduzem o valor contábil do investimento. Ajustes no valor contábil podem ser necessários pela mudança na participação proporcional do investidor decorrente de variações do patrimônio líquido da investida que não foram reconhecidas no resultado do período da investida. Tais variações incluem aquelas decorrentes da reavaliação de ativos imobilizados e das diferenças de conversão em moeda estrangeira. A participação do investidor nessas variações deve ser reconhecida diretamente no patrimônio líquido do investidor.

(...)

19. Em algumas circunstâncias, a entidade possui, em essência, direito de propriedade vigente como resultado de transação que, no momento corrente, dá a ela acesso aos benefícios associados ao direito de propriedade. Em tais casos, a proporção alocada à entidade deve ser determinada considerando o exercício eventual desses potenciais direitos de voto e de outros instrumentos derivativos que, correntemente, proporciona à entidade acesso aos benefícios.

(...)

21. O investimento em coligada ou em empreendimento controlado em conjunto contabilizado por meio do método da equivalência patrimonial deve ser classificado como ativo não circulante.

(...)

Procedimentos do método da equivalência patrimonial

(...)

31. Os resultados decorrentes de transações ascendentes (upstream) e descendentes (downstream) entre a entidade (incluindo suas controladas consolidadas) e sua coligada ou empreendimento controlado em conjunto devem ser reconhecidos nas demonstrações contábeis da entidade somente na extensão da participação de outros investidores sobre essa coligada ou empreendimento controlado em conjunto. As transações ascendentes são, por exemplo, vendas de ativos da coligada ou empreendimento controlado em conjunto para o investidor. As transações descendentes são, por exemplo, vendas ou contribuição na forma de ativos do investidor para sua coligada ou empreendimento controlado em conjunto. A participação do investidor no resultado decorrente dessas transações deve ser eliminada.

(...)

35. O investimento deve ser contabilizado com a utilização do método da equivalência patrimonial a partir da data em que ele se qualificar como coligada ou empreendimento controlado em conjunto. Na aquisição do investimento, qualquer diferença entre o custo do investimento e a participação da entidade no valor justo líquido dos ativos e passivos identificáveis da investida deve ser contabilizada como segue:

(a) quando a entidade tiver incluído goodwill relativo ao investimento em coligada ou em empreendimento controlado em conjunto no valor contábil do investimento, a amortização desse goodwill não é permitida;

(b) qualquer excedente da participação da entidade no valor justo líquido dos ativos e dos passivos identificáveis da investida sobre o custo do investimento deve ser incluído como receita na determinação da participação da entidade no resultado do período da coligada ou do empreendimento controlado em conjunto no período em que o investimento for adquirido.

(...)

39. Não obstante as exigências do item 38, se a entidade tem participação em coligada ou em empreendimento controlado em conjunto que seja entidade de investimento, a entidade deve, quando da aplicação do método da equivalência patrimonial, manter a mensuração ao valor justo aplicada por aquela entidade de investimento em suas participações em entidades controladas.

Pelo exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Sabrina Coutinho Barbosa