



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

Processo nº 11060.722406/2011-10
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-005.232 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de maio de 2018
Matéria IOF
Recorrente VEISA VEICULOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

IOF. CONTRATO DE CONTA CORRENTE. MÚTUO. GESTÃO DE CAIXA ÚNICO. NÃO INCIDÊNCIA.

O contrato de conta corrente é instrumento hábil para operacionalizar a gestão de caixa único (*cash pooling*) no âmbito de um grupo econômico, não havendo que se confundir as transferências decorrentes deste daquelas relacionadas a contratos de mútuo e abrangidas pela hipótese de incidência do IOF.

Os recursos financeiros das empresas controladas que circulam nas contas da controladora não constituem de forma automática a caracterização de mútuo, pois dentre as atividades da empresa controladora de grupo econômico está a gestão de recursos, por meio de conta-corrente, não podendo o Fisco constituir uma realidade que a lei expressamente não preveja.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Thais de Laurentiis Galkowicz.

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Carlos Augusto Daniel Neto - Relator.

Participaram do presente julgamento os seguintes Conselheiros: Waldir Navarro Bezerra (Presidente), Rodrigo Mineiro Fernandes, Carlos Augusto Daniel Neto, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro, Thais de Laurentiis Galkowicz e Pedro Sousa Bispo.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado pela fiscalização referente ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF), acrescido de juros de mora e multa de ofício de 75%, conforme enquadramento legal discriminado no referido documento.

Por bem retratar o feito, utilizarei aqui de trechos do relatório da DRJ.

A fiscalização constatou repasses de recursos entre a fiscalizada e sua controladora JMT mediante utilização de *duas contas de mútuo*, sendo uma do *Ativo/Circulante/Contratos de Mútuo* (1107010101 - JMT Adm e Participações Ltda.) e outra do *Ativo/Realizável a Longo Prazo/Contratos de Mútuo/Créditos de Coligadas e Controladas* (1201010201 - JMT Adm e Participações Ltda.). A conta de Ativo Circulante – 1107010101 – recebia somente dois lançamentos por mês: um no início, quando o seu saldo era transferido para a conta de Ativo Realizável a Longo Prazo 1201010201 - JMT Adm. e Participações Ltda e outro no último dia do mês, quando recebia, por transferência, o saldo existente na citada conta de Ativo Realizável a Longo Prazo - 1201010201. Dessa forma, *a conta 1201010201 refletiria as operações de mútuo realizadas entre o sujeito passivo e sua controladora.*

Com relação aos lançamentos feitos nessa conta 1201010201 a fiscalização observa que “os lançamentos a débito registram o fornecimento de recursos de Veisa Veículos Ltda a sua controladora JMT Administração e Participações Ltda, que os utiliza para fazer frente a obrigações de outras empresas do grupo, enquanto que os lançamentos a crédito registram a devolução dos recursos.

Exemplificando, quando a autuada Veisa recebe o pagamento de vendas realizadas a prazo de seus clientes, *é debitada a conta 1201010201 - JMT Adm e Participações Ltda. e creditada a conta 1103010101 - Duplicatas a Receber*, e assim ao invés dos recursos ingressarem em conta representativa de Caixa ou Bancos, a conta 1201010201 - JMT Adm. e Participações Ltda. registra que são entregues à controladora JMT Administração e Participações Ltda. E *quando, por exemplo, fornecedores de Veisa Veículos Ltda. são pagos com recursos originados de sua controladora JMT Administrações e Participações Ltda, a conta 1201010201- JMT Adm. e Participações Ltda. é creditada e a conta 2102090901 - Fornecedores Diversos é debitada*, registrando a devolução dos recursos.

No Relatório do Procedimento Fiscal é esclarecido, ainda, que a controladora JMT Administração e Participações Ltda. havia sido alvo de ação fiscal relativa aos anos-calendário 2006 e 2007, na qual foi intimada a manifestar-se sobre uma série de contas de sua contabilidade em que são registradas operações de mútuo, dentre as quais a conta do Passivo Circulante “Mútuo/Veisa Veículos Ltda”, que registra operações de mútuo com a autuada, contabilizados nesta pela conta 1201010201 – JMT Adm. e Participações Ltda., tendo esclarecido, em síntese, que *em cumprimento ao seu objeto social controla ou participa de outras empresas e, por intermédio de seus sócios, presta serviços de gestão e administração financeira a essas empresas controladas ou coligadas, e que tal administração se dá em*

regime de caixa único e as contas de mútuo registram contabilmente os saldos em conta corrente entre si e as empresas controladas e coligadas.

Esclarece que realiza pagamentos e recebimentos de contas das empresas controladas e coligadas, registrando contabilmente o respectivo débito e crédito na conta de cada uma delas, sendo que ora uma empresa apresenta saldo credor devido aos recebimentos realizados pela JMT em seu nome, ora saldo devedor devido aos pagamentos realizados pela JMT em seu nome.

Diante disto, frisa que a designação nominal dessa conta e de outras referidas como mútuo seria imprópria ou equivocada, não refletindo a natureza das operações entre as sociedades coligadas. Além disso, esclarece também que não firmou contratos escritos com suas controladas e coligadas relativamente às operações.

Entendeu a fiscalização, naquele procedimento, que as operações mencionadas caracterizam fato gerador do IOF, o que resultou na lavratura de auto de infração objeto do processo administrativo nº 11060.002788/200947.

Conforme Relatório Fiscal, em fl. 311, a análise das operações praticadas levou à conclusão de que JMT realiza gestão de recursos financeiros de empresas coligadas e controladas mediante "caixa único", mantendo contas correntes onde registra o trânsito de recursos, sendo que os lançamentos a débito na conta 1201010201 JMT Adm. e Participações Ltda, e que registram empréstimos de recursos do sujeito passivo Veisa Veículos Ltda. à controladora JMT e os lançamentos a crédito, o pagamento desses empréstimos. Os saldos devedores dessa conta representam o montante dos recursos emprestados ou postos à disposição pela autuada à controladora, o que caracteriza a prática de operações de crédito, na modalidade de mútuo, sujeitas à incidência do IOF.

Irresignado, o Contribuinte apresentou Impugnação na qual alegou:

i) aponta inicialmente a nulidade do lançamento, por violação ao princípio da legalidade, pois o critério de cálculo adotado não corresponde, no seu entendimento, ao que está previsto no art. 13 da Lei nº 9.779, de 1999 que determina que a tributação dos empréstimos entre pessoas jurídicas será a mesma aplicável às operações financeiras, a qual teria alíquotas e base de cálculo inteiramente distintas daquelas previstas no Ato Declaratório SRF nº 007, de 1999, mencionado pela fiscalização.

ii) Alega que segundo os artigos 2º e 3º da Lei nº 5.143, de 1966, que regulamenta o IOF, a base de cálculo do imposto incidente sobre operações financeiras é o saldo da operação de empréstimo apurado mensalmente, cuja alíquota é de 0,3%, enquanto a base do IOF nos empréstimos entre pessoas jurídicas é o saldo diário da conta corrente, com alíquota de 0,0052%, o que resultaria na incidência de 1,898%, ao ano, tendo em vista que a aplicação desta alíquota é diária, o que afrontaria o postulado da igualdade exigido em lei, resultando na impossibilidade de a União exigir o IOF nas operações entre empresas não financeiras, com base na legislação que fundamentou o lançamento. Sustenta ainda que o lançamento

teria se valido de instrução normativa para quantificar o tributo, ao invés da lei.

iii) Após analisar conjuntamente os artigos 63 e 143 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 1966), bem como o art. 153, inc. V, da Constituição Federal e o art. 1º da Lei nº 5.143, de 1966, defende que a Lei nº 9.779/99 teria inovado ao exigir o tributo nas operações feitas por empresas não financeiras.

iv) Argumenta que tanto a Constituição Federal, como o Código Tributário Nacional e a Lei Ordinária utilizam o termo operações de crédito, que se configurariam pela mera entrega do respectivo valor regulada por um contrato de crédito. O que definiria a incidência do IOF seria a existência de um contrato típico, tendo por objeto uma operação financeira de empréstimo de dinheiro a juro com todos os seus elementos de qualificação, notadamente partes absolutamente distintas e não vinculadas por um comando único. E assim, nem todas entregas de valor de uma pessoa jurídica a outra seriam empréstimo, e ao se interpretar a lei deve ser considerada a presença das mesmas características e conteúdo de uma operação financeira, seja para efeitos formais, seja para efeitos materiais, independente do tomador.

v) Sustenta que a relação existente entre empresas controladas desfiguraria o contrato de operação financeira, não se concebendo que uma empresa controladora de 99% do capital da beneficiaria da operação financeira possa determinar a devolução de valores no mesmo grau e exigência que seriam adotados caso não houvesse tal controle.

vi) Por fim, argumenta que nem a lei, nem o intérprete poderiam estender a lei a hipóteses não previstas na Constituição Federal, e que não fosse a inconstitucionalidade da cobrança do IOF na hipótese analisada, mesmo assim que este seria incobrável nos termos postos no CTN e na lei invocada no lançamento, não podendo ser exigido com base em uma instrução normativa. E assim, solicita a desconstituição do lançamento, sob pena de afronta aos artigos 146, inc. III e 153, inc. V, da Constituição Federal combinados com o artigo 63 do Código Tributário Nacional e artigos 1º, 4º e 5º da Lei nº 5.143, de 1966.

A sua impugnação foi julgada improcedente pela DRJ em acórdão assim

ementado:

SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS IOF

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2009

ALEGAÇÕES DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

A autoridade administrativa não é competente para examinar alegações de ilegalidade/inconstitucionalidade de leis regularmente editadas, tarefa privativa do Poder Judiciário.

*MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE EMPRESAS.
INCIDÊNCIA DO IOF.*

As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico sujeitam-se à incidência do IOF.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformado, apresentou o Contribuinte o seu Recurso Voluntário, reiterando a preliminar de nulidade e sustentando, no mérito, o afastamento da incidência do IOF nas transações realizadas entre empresas de mesmo grupo econômico (coligadas).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto - Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

Inicialmente, quanto à preliminar de ilegalidade dos fundamentos da autuação, escoimada no Ato Declaratório SRF nº 007/1999, entendo que tal matéria se confunde com o mérito da discussão, visto que envolve os fundamentos da subsunção do fato autuado à hipótese de incidência do IOF, questão que será abordada adiante.

Quanto ao mérito, certos fatos são *incontroversos* entre a Recorrente e Recorrida, visto que reconhecidos no bojo do próprio Relatório da fiscalização, pelo que serão repisados aqui:

I) A JMT realiza gestão de recursos financeiros de empresas coligadas e controladas mediante "**caixa único**", mantendo contas correntes onde registra o trânsito de recursos, sendo que os lançamentos a débito na conta 1201010201 JMT Adm. e Participações Ltda, e que registram transferências de recursos do sujeito passivo Veisa Veículos Ltda. à controladora JMT e os lançamentos a crédito, transferências daquela a esta.

II) A JMT Adm. e Participações Ltda. possui entre seus objetivos sociais as atividades de gestão e administração financeira a essas empresas controladas ou coligadas, tal administração se dando sob o regime de caixa único, com registro contábil dos saldos em conta corrente entre si e as empresas controladas e coligadas.

III) A operação se dá na seguinte forma: quando a autuada Veisa recebe o pagamento de vendas realizadas a prazo de seus clientes, é debitada a conta 1201010201 - JMT Adm e Participações Ltda. e creditada a conta 1103010101 - Duplicatas a Receber, e assim ao invés dos recursos ingressarem em conta representativa de Caixa ou Bancos, a conta 1201010201 - JMT Adm. e Participações Ltda. registra que são entregues à controladora JMT

Administração e Participações Ltda. E quando, por exemplo, fornecedores de Veisa Veículos Ltda. são pagos com recursos originados de sua controladora JMT Administrações e Participações Ltda, a conta 1201010201- JMT Adm. e Participações Ltda. é creditada e a conta 2102090901 - Fornecedores Diversos é debitada, registrando a devolução dos recursos.

IV) Não existem contratos escritos acerca dessas operações.

Diante desse contexto fático, a fiscalização entendeu se tratarem essas transferências de operações de mútuo, ao passo que o Recorrente aduz que por se tratar de operação entre partes coligadas não se trataria de "operação de crédito", desconfigurando a figura contratual do mútuo.

Tenho para mim que assiste razão ao Recorrente, sem todavia compartilhar das mesmos fundamentos por ele esgrimidos. No presente caso, não estão presentes os elementos característicos de um contrato de mútuo, mas sim de um ***contrato de conta corrente mercantil***, como se buscará demonstrar posteriormente.

Em primeiro lugar, enfrentarei o tema da incidência do IOF nas operações de mútuo entre pessoas jurídicas coligadas, indo de encontro aos fundamentos da Recorrente, para em seguida enfrentar propriamente a natureza do vínculo contratual existente entre a autuada e a empresa JMT, para demonstrar que não se tratam de operações de mútuo.

A) DA INCIDÊNCIA DE IOF SOBRE OPERAÇÕES DE MÚTUO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS COLIGADAS.

O fundamento do pleito da Recorrente consiste na afirmação de que o mútuo entre empresas de um mesmo grupo econômico não deveria ser tributado.

A contribuinte não contesta a existência das operações de mútuo, mas alega que a natureza jurídica das operações realizadas difere daquela inerente ao mútuo comercial justamente por serem as partes integrantes de um mesmo grupo econômico, e, portanto, não estariam sujeitas ao IOF.

Em que pese suas alegações, a legislação do IOF não prevê qualquer exceção ou regra especial para as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros realizadas entre pessoas jurídicas integrantes de grupo econômico.

A despeito da distinção existente entre o mútuo e o mútuo com finalidade econômica, tal discrimen tem relevância apenas para fins de presunção de serem devidos os juros na operação, sem contanto descaracterizar qualquer uma das modalidades com operação de crédito. É o que se depreende dos artigos 586 e 592 do Código Civil:

Código Civil

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

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

Diga-se também que não procede o argumento de uma unicidade subjetiva entre os participantes de um grupo econômico. As pessoas jurídicas integrantes de grupo

econômico ***são pessoas distintas*** – como se depreende da literalidade do art. 266 da Lei nº 6.404/76 – e, como tal, permanecem como sujeitos passivos das obrigações tributárias relativas aos fatos geradores por eles praticados. Senão vejamos:

Lei nº 6.404, de 1976:

Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

Natureza

Art. 266. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos.

Nesse sentido, inclusive, consolidou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do Recurso Especial nº 770.876/MG, cuja ementa aduz claramente tal ponto:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA. INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES DE MÚTUO FIRMADAS ENTRE EMPRESAS COLIGADAS, CONTROLADAS, CONTROLADORAS OU INTERLIGADAS. REVOGAÇÃO DO ART. 77, II, DA LEI 8.981/95 PELO ART. 5º, § ÚNICO, DA LEI 9.779/99. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. As operações de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas controladoras, controladas, coligadas ou interligadas, após a revogação da isenção concedida pelo inciso II do art. 77 da Lei 8.981/95, são consideradas operações financeiras sujeitas à incidência do Imposto de Renda. (Precedentes do STJ: REsp 572792 / RS, DJ 18/09/2006; REsp 522294 / RS, DJ 08/03/2004) (...) 5. Recurso especial desprovido.

(REsp 770.876/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 04/06/2007, p. 309)

Assim, o simples fato de a operação ter sido realizada com integrante do grupo econômico da contribuinte não afasta a incidência do IOF, não devendo prosperar o argumento do contribuinte.

Todavia, como ressaltamos anteriormente, nosso fundamento para o provimento do presente Recurso Voluntário diverge daquele dado pelo Recorrente, pois entendemos que, em rigor, a operação em tela não se trata de contrato de mútuo.

B) DA NÃO INCIDÊNCIA DO IOF SOBRE TRANSFERÊNCIAS DECORRENTES DE CONTRATO DE CONTA CORRENTE MERCANTIL.

Sobre esse tema já nos manifestamos em outras oportunidades, razão pela qual parte das considerações de ordem teórica serão abaixo reproduzidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Em mesmo sentido, o art.116 é categórico:

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

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

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

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

Há, pois, uma necessidade intrínseca ao Direito que tais fatos tenham alguma determinação prática - seja ela normativa ou não - anterior à sua utilização nas hipóteses de incidência tributárias. ***Em se tratando das situações jurídicas, remete-se a um "direito aplicável" que, a nosso ver, nada mais é do que o Direito Privado*** - que impõe a sua observância não por razões de *unidade conceitual necessária* - que a nosso ver pode ser elidida pela construção de conceitos próprios no âmbito tributário (como se fez com o conceito de faturamento, com a Lei das S.A. e o Decreto-Lei 2397/67) - mas por uma unidade conceitual decorrente do grau de elaboração do Direito Privado quando da tomada de consciência da

autonomia do Direito Tributário (VANONI, Ezio. *Natureza e Interpretação das leis tributárias*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1932. p.167). Não se trata de uma vinculação necessária, mas apriorística, desde que não sobrevenha uma previsão específica de sentido na seara tributária.

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

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

I - para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - a analogia;

(...)

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

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

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

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

Nesse ponto, concordamos com as lições de García Novoa, ao sustentar que somente o desrespeito aos dois dispositivos acima citados somente pode se dar quando a Administração é dotada de autênticos poderes extraordinários para, por exemplo, requalificar, interpretar as normas de acordo com sua finalidade econômica ou aplicar o tributo por

analogia, ou, em geral, para desconsiderar atos ou negócios realizados com fins de elusão fiscal (NOVOA, Ob.Cit., p.211.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E sobre tais dispositivos já escrevera Augusto Teixeira de Freitas:

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

compensação total. (Aditamentos ao Código de Comércio, Rio de Janeiro, vol.1, 1878. P.618)

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

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

§ 2º - Consideram-se fundos disponíveis:

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

b) o saldo exigível de conta-corrente contratual;

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

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

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

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

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

Na pior das hipóteses, poder-se-ia dizer que se trata de **contrato socialmente típico**, da mesma forma que outros como *factoring, franchising, shopping center* etc., que são, em regra, invariavelmente praticados por empresários no exercício de sua atividade, e, por

consequência, se submetem aos princípios, regras e métodos do Direito Empresarial, tendo seu regime jurídico recebido tutela dos tribunais como se legalmente típicos fossem.

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

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

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

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

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

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

Em um esforço sistematizador, e recorrendo às lições de J. X. Carvalho de Mendonça, Waldirio Bulgarelli (Contratos Mercantis, 4ªed. São Paulo: Atlas, 1987. P.555) e Fran Martins (Ob.cit., P.369-370) trazem uma sistematização das características desse contrato:

1) O contrato de conta corrente *supõe uma série de operações sucessivas e recíprocas entre as partes*. Essas operações são anotadas nas contas, como partidas de débito e de crédito, e

somente ao final do prazo convencionado, ou com a manifestação de uma das partes, se não houver período estabelecido, somam-se as partidas de débito e as de crédito, verificando-se o saldo final. 2) *Só entram na conta corrente os créditos resultantes das operações a elas destinadas.* 3) Durante a vigência da conta corrente não pode um dos correntistas julgar-se credor ou devedor, pois *esse status só lhe será atribuídos após o encerramento da conta.* 4) Enquanto vigente o contrato, *as remessas constituem uma massa homogênea* cujo resultado só pode ser conhecido com o balanço final, destacando-se a *indivisibilidade* e *unidade* das remessas. 5) Em razão da *perda da individualidade das remessas*, não podem dar causa a ação particular sobre elas, nem ser objeto de execução.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONTA-CORRENTE - Contrato - Indivisibilidade - Análise das suas remessas - Discussão pretendida de algumas operações que

o alimentaram, para arguir a sua prescrição - Inadmissibilidade.

Nos contratos de conta-corrente não há que esmiuçar a natureza das operações originárias para verificar a prescrição de cada lançamento porque as remessas lançadas na conta perdem a sua existência autônoma e distinta.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Contrato de Conta Corrente e o Caixa Único (*Cash Pooling*)

O contrato de conta corrente (*sweep account*) é usualmente utilizado para a prática de "caixa único" (*Cash pooling / Liquiditätsbündelung*) dentro de um grupo de empresas coligadas.

Esse conceito se refere a um acordo de liquidez dentro de um grupo econômico, através de um centro de controle financeiro, que tem por função remover o excesso de liquidez de certas empresas do grupo ou compensar quedas de liquidez através de transferências - caracterizando-se pelo elemento de gestão centralizada do caixa. Para isso, a "conta-única" (*Master Account*), que controla tanto os repasses quanto os recebimentos das empresas coligadas, é gerida pela empresa controladora (*parent company*) - normalmente uma *holding*.

Assim, apenas nos casos em que a possibilidade de compensação de liquidez dentro do próprio grupo for insuficiente para manter a capacidade operacional das empresas, que se tornará necessária a realização de contratos de mútuo.

Tal prática, cada vez mais comum no Direito Societário, tem recebido guarida legislativa nos países mais desenvolvidos, a exemplo da Alemanha, que promulgou a *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (Lei de modernização do direito societário e de combate ao abuso), cujo §30 explicitamente aprova a prática do *cash pooling*, regulando suas condições e limites. Da mesma forma, a Áustria recentemente aprovou o *Eigenkapitalersatz-Gesetz* (EKEG) que também cuidou de dar as linhas mestras de operação do *cash pooling* dentro do âmbito de um grupo econômico.

Assim, as controladas e a controladora criam contas correntes nas quais são registrados débitos e créditos decorrentes de transferências que serão, ao final de um período, liquidadas, com a apuração de saldo credor ou devedor de uma em relação às outras, que deverá ser pago, com incidência de juros.

Não há, nesse caso, empréstimo de valores, mas uma concentração do caixa do grupo em uma única empresa, de modo que todas as aquisições da controlada o sejam à partir de recursos da controladora e gestora do caixa único, ao passo que todos os recebimentos serão igualmente destinados, automaticamente, ao caixa da controladora.

4. Contrato de Conta Corrente e Mútuo - Contrastes

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

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

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

Calha trazer a definição legal de mútuo, qual seja:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Critério de classificação	Contrato de Conta-Corrente	Contrato de Mútuo
Quanto a positividade	<i>Típico</i>	<i>Típico</i>
Quanto à natureza do contrato	<i>Convencional</i>	<i>Real</i>
Quanto ao objeto do contrato	<i>Abertura de conta corrente para débitos e créditos recíprocos, para liquidação posterior.</i>	<i>Empréstimo de coisa determinada e fungível, mediante devolução posterior.</i>
Quanto à natureza da	<i>Indivisíveis, devendo ser</i>	<i>Divisíveis e individualizadas,</i>

tradições entre as partes	<i>tratadas como uma massa homogênea</i>	<i>com tratamento próprio para cada transação</i>
Quanto ao aspecto subjetivo da obrigação	<i>Bilateral</i>	<i>Unilateral</i>
Quanto à dimensão econômica	<i>Oneroso ou Grátis</i>	<i>Oneroso ou Grátis</i>
Quanto ao aspecto subjetivo	<i>As partes assumem natureza de credor e devedor após a liquidação da conta corrente</i>	<i>As partes são mutuante e mutuário desde a tradição do bem</i>
Quanto à cobrança de juros	<i>Somente após a liquidação</i>	<i>Imediatamente após a tradição</i>
Quanto ao tempo do contrato	<i>Temporário ou Tempo Indeterminado</i>	<i>Temporário</i>

Parece restar clara, após este esforço de sistematização, a distinção entre as duas figuras.

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

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

“5.6 – MÚTUO E CONTRATO DE CONTA CORRENTE

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

‘Contrato de conta corrente é o contrato pelo qual os figurantes se vinculam a que se lancem e se anotem, em conta, os créditos e débitos de cada um para com o outro, só se podendo exigir o saldo ao se fechar a conta.’

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

O contrato de conta corrente não envolve em si nenhum acordo para empréstimo de dinheiro. A promessa, neste caso, está,

apenas, em se escriturarem os créditos decorrentes de operações em que os contratantes sejam titulares. No contrato de conta corrente não se faz um mútuo nem se abre um crédito, mas se convencionou o que fazer com créditos passados, presentes e futuros. Nessa conta vão sendo lançados débitos e créditos que se excluem mutuamente e o saldo da conta só é exigível quando se dá o vencimento do contrato de conta corrente, (...)

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

Mais adiante haveria de escrever:

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

Quando as partes formam o contrato de mútuo já imediatamente sabem que o mutuante há de entregar ao mutuário um

determinado objeto fungível, transferindo-lhe a propriedade, que o mutuário, findo o prazo concedido para gozar do benefício, deve dar por sua vez ao mutuante outro objeto do mesmo gênero.

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

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

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

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

Aderem às lições supra também José Xavier Carvalho de Mendonça (“Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, Livraria Editora Freitas Bastos, 1934, vol. VI, Livro IV, Parte II, p.352); Caio Mário da Silva Pereira (“Instituições de Direito Civil”, Editora Forense, 7aed., p. 368); e Fran Martins (“Comentários ao Código Civil”, Editora Forense, 5ª ed., p. 483 e 490).

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

5. Da Inaplicabilidade do art.13 da Lei 9.779/99 aos contratos de Conta-Corrente

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

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

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

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

Em exemplo irá elucidar isto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Senão, vejamos o art. 63, I do CTN:

Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador:

I - quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

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

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

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

Art. 64. A base de cálculo do imposto é:

I - quanto às operações de crédito, o montante da obrigação, compreendendo o principal e os juros;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. No caso de mútuo entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, sem prazo, realizado por meio de conta-corrente, o Imposto sobre Operações de Crédito Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF devido nos termos do art. 13 da Lei No 9.779, de 19 de janeiro de 1999:

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

b) será calculado e cobrado no primeiro dia útil do mês subsequente àquele a que se referir, relativamente a cada valor

entregue ou colocado à disposição do mutuário durante o mês, e recolhido até o terceiro dia útil da semana subsequente;

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

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

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

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

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

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

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

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

“IRPJ – CORREÇÃO MONETÁRIA – ART. 21 DO DL. 2065/83 – CONTA CORRENTE ENTRE EMPRESAS – CARACTERIZAÇÃO COMO MÚTUO – IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO – O mútuo, a teor do disposto no artigo 1256 do Código Civil, pressupõe o empréstimo de coisas fungíveis, não se caracterizando como tal a figura do contrato de conta corrente, mormente quando originado de operações mercantis.”

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

“NEGÓCIOS DE MÚTUO – Os negócios de mútuo não se confundem com o da conta-corrente ou qualquer movimentação financeira existente entre empresas ligadas que acuse débito ou

crédito, ao teor do disposto no art. 1256 do antigo Código Civil Brasileiro e do art. 247 do Código Comercial Brasileiro.”

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

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

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

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

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

6. O caso concreto

Para a adequada compreensão do caso em tela, é preciso observar a precisão do relato do fiscal a respeito das operações entre as empresas:

quando a autuada Veisa recebe o pagamento de vendas realizadas a prazo de seus clientes, é debitada a conta 1201010201 - JMT Adm e Participações Ltda. e creditada a conta 1103010101 - Duplicatas a Receber, e assim ao invés dos recursos ingressarem em conta representativa de Caixa ou Bancos, a conta 1201010201 - JMT Adm. e Participações Ltda. registra que são entregues à controladora JMT Administração e Participações Ltda. E quando, por exemplo, fornecedores de Veisa Veículos Ltda. são pagos com recursos originados de sua controladora JMT Administrações e Participações Ltda, a conta 1201010201- JMT Adm. e Participações Ltda. é creditada e a conta 2102090901 - Fornecedores Diversos é debitada, registrando a devolução dos recursos.

A Recorrente claramente não mantém caixa próprio, visto que todos os seus dispêndios advém diretamente do caixa único da holding, ao passo que todos os seus recebimentos são diretamente repassados à controladora, que centraliza o fluxo financeiro não

apenas da Recorrente, mas também das demais empresas controladas daquele grupo econômico.

É dizer, todos os pagamentos recebidos de clientes são debitados na conta 1201010201 - JMT Adm e Participações Ltda, e todos os pagamentos feitos a fornecedores, por sua vez, são creditados na mesma conta, sem que haja qualquer registro desses valores no Caixa ou Bancos da Recorrente, evidenciando que todas as operações que usualmente são registradas com contrapartida no caixa o foram contra a conta corrente contábil estabelecida com a JMT Adm e Participações Ltda.

Veja-se, por exemplo, o Razão em fls. 25 e seguintes, no qual resta claro que todos o fluxo de entradas e saídas de recursos na Recorrente tem destino e origem a conta relativa à JMT. Verifica-se que ao final do ano de 2009 o saldo é completamente zerado, demonstrando que o caixa está integralmente centralizado na *holding*, transitando pela Recorrente para pagamento das despesas dela e para o recebimento do produto de suas operações.

Não há "furo de caixa" que indique a existência de outras operações de crédito entre as empresas, após a liquidação da conta corrente - é dizer, na liquidação da conta corrente, não há o estabelecimento de relação de crédito e débito entre os envolvidos (o que indicaria a existência de uma operação de crédito no valor do saldo remanescente).

A descrição do registro contábil deixa clara a natureza de conta corrente do vínculo contratual existente entre a Recorrente e sua controladora, ao apontar a:

utilização de duas contas de mútuo, sendo uma do Ativo/Circulante/Contratos de Mútuo (1107010101 - JMT Adm e Participações Ltda.) e outra do Ativo/Realizável a Longo Prazo/Contratos de Mútuo/Créditos de Coligadas e Controladas (1201010201 - JMT Adm e Participações Ltda.). A conta de Ativo Circulante - 1107010101 - recebia somente dois lançamentos por mês: um no início, quando o seu saldo era transferido para a conta de Ativo Realizável a Longo Prazo 1201010201 - JMT Adm. e Participações Ltda e outro no último dia do mês, quando recebia, por transferência, o saldo existente na citada conta de Ativo Realizável a Longo Prazo - 1201010201. Dessa forma, a conta 1201010201 refletiria as operações de mútuo realizadas entre o sujeito passivo e sua controladora.

O recebimentos e despesas da Recorrente através da conta 1107010101 eram controlados através da transferências mensais do seu saldo para a conta 1201010201, para refletir os lançamentos decorrentes da movimentação do caixa gerido pela holding, promovendo os débitos e créditos naquela conta relativamente aos valores utilizados nas transações do período. O único equívoco da fiscalização, neste caso, foi entender que as transferências ocorridas correspondiam a operações de mútuo, à partir da aplicação do Ato Declaratório nº07/99, cuja ilegalidade foi fartamente demonstrada anteriormente.

De resto, afastada a premissa interpretativa equivocada, o que se verifica é a operacionalização de uma gestão centralizada de caixa, sem qualquer saldo ao final do exercício de 2009, que pudesse indicar a existência de operação de crédito tributada pelo IOF, não havendo que subsistir a tributação pretendida.

Há que se respeitar a forma jurídica adotada pelo contribuinte, mesmo que não expressamente delineada em contrato escritos, mas haurida da fiel representação contábil dos fatos econômicos ocorridos.

C) CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário para exonerar o Recorrente do pagamento do IOF sobre transferências decorrentes de contrato de conta corrente para gestão de caixa único.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Carlos Augusto Daniel Neto

Declaração de Voto

Conselheira Thais de Laurentiis Galkowicz

No intuito de corroborar as conclusões expostas pelo i. Relator, peço vênia para apresentar manifestação sobre o caso, especialmente em razão de algumas particularidades nas premissas adotadas para a sua solução.

A Recorrente afirma que não ocorreu o fato gerador do IOF *in casu*. Isto porque os valores vinculados às Contas que foram objeto de autuação dizem respeito a operações entre ela e demais pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico. No seu sentir, tal situação não se enquadra na hipótese de incidência traçada pela legislação para o referido imposto, o mútuo, capaz de lhe atribuir a condição de responsável pelo pagamento do IOF.

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

Artigo 13 da Lei n. 9.779/99:

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

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

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

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

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

Art. 2º O IOF incide sobre:

I - operações de crédito realizadas:

a) por instituições financeiras;

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

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

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

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

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

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

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

Pois bem. Diante dos supratranscritos mandamentos legais, a Recorrente afirma que as operações que levaram aos lançamentos tributários são relativos a conta corrente, cujo objeto é a centralização de caixas das empresas, com gestão unificada das disponibilidades. Assim, ao tributar tais valores pelo IOF, que fora do mercado financeiro só incide sobre os contratos de mútuo, a Fiscalização estaria infringindo o princípio da legalidade, ao ir na contramão do artigo 13 da Lei n. 9.779/99.

Tal diferenciação entre contrato de mútuo e contrato de conta corrente, existente de fato, deve ser precisamente aplicada ao caso concreto, demonstrando-se que as transações entre empresas relacionadas se subsomem a uma ou outra hipótese. No presente caso, não havendo contrato firmado entre as empresas relacionados, a análise da natureza jurídica das transações restringe-se aos demais documentos e informações prestadas pelo contribuinte.

Registro nesse sentido, trecho do voto do Conselheiro José Fernandes do Nascimento no Acórdão n. 3102002.318:

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

Com efeito, enquanto nos contratos de *conta corrente* o que se objetiva é a compensação entre créditos e débitos das partes, dispensando reciprocamente os pagamentos diretos,¹ nas operações de mútuo, há “o empréstimo de coisas fungíveis” no qual “o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade” (artigo 586 do Código Civil). São situações jurídicas que, portanto, não se confundem.

Contudo, é possível que nos contratos de conta corrente haja, concomitantemente, operações de concessão de crédito correspondente ao mútuo. Somente em tais situações é que haverá evento capaz de ensejar a tributação pelo IOF, como expressamente estabelecido pelo artigo 13 da Lei n. 9.779/99.

É o que ressalta o Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar que a abertura de crédito é uma das formas de realização da “operação de crédito”, assim como o mútuo, prevista no artigo 13 a Lei n. 9.119/99,² de modo que deve sim ensejar a tributação pelo IOF. Vale destacar o trecho do voto do Ministro Relator Mauro Campbell Marques, bem como a ementa atribuída ao Recurso Especial n. 1.239.101 – RJ:

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

Sendo assim, o contrato de mútuo, longe de ser a única espécie contratual a ser tributada, é tido por um modelo cujas características essenciais devem ser buscadas em outras espécies de contrato que envolvam operações de crédito para que possam ser alcançadas pela hipótese de incidência do IOF.

¹ Além das modalidades comuns de empréstimo por descontos de títulos à ordem, adquiriram grande incremento o contrato de financiamento, a abertura de crédito e a conta corrente. (...)

Na conta corrente (que pode combinar com a abertura do crédito), as partes ajustam um movimento de débito e crédito, por lançamentos em conta, e podem estipular que os saldos credores, para um ou para outro, vencerão juros. (...) A maior utilidade da conta corrente é produzir a compensação de créditos e débitos, dispensando reciprocamente os pagamentos diretos. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil – VOL. III – Contratos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, 12ª ed, p 354 e 355)

² Não se olvida aqui que este dispositivo legal tem sua constitucionalidade contestada, perante o Supremo Tribunal Federal, no RE 590186/RS com repercussão geral reconhecida. Esse julgamento, contudo, ainda é pendente, de modo que o CARF deve aplicar a lei em seus exatos dizeres (súmula CARF n. 2) até que sobrevenha eventual declaração de inconstitucionalidade por parte do Pretório Excelso.

É por esse motivo que o §1º, do art. 13, da lei citada considera ocorrido o fato gerador do tributo na data da concessão do crédito.

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

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

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

Tem sido esse o posicionamento da jurisprudência do CARF (Acórdão 3301-002.282 - Processo 16682.721207/2011-91; Acórdão 3301-001.520 - Processo 10680.016007/2008-51; Acórdão 3402-00270 - Processo 10920.000809/2007-98204-02386; Acórdão 204-02386 - Processo 10675.003563/2002-41; Acórdão 3302-000.616 - Processo 10980.002141/2007-17; Acórdão nº 3302-002.264 - Processo nº 10480.722140/2010-11)

De tudo isso, percebe-se que o problema a ser enfrentado não se esgota na discussão de existir ou não um contrato de conta corrente – com as características que lhe são particulares, tão bem desenvolvidas pela doutrina jurídica – entre a Contribuinte e qualquer outra empresas do grupo econômico. Sobre a impossibilidade de o IOF incidir indiscriminadamente sobre toda e qualquer transação abrigada pelo contrato de conta corrente, não há dúvida. A questão palpitante é, isto sim, o fato de a conta corrente ser utilizada para a concretização de empréstimos entre as empresas (pela abertura de crédito, por exemplo), o famigerado mútuo, “empréstimo de coisas fungíveis” no qual “o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade” (artigo 586 do Código Civil). Sobre a qualificação do mútuo, resalto que o prazo pode ser livremente estipulado pelas partes, e que, como se trata de grupo empresarial, não há necessidade de estabelecimento de juros sobre os valores emprestados (artigos 591 e 592 do Código Civil).³

³ Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

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

Nesse sentido, o Conselheiro Natanael Martins, depois de acurada explanação sobre a natureza do contrato de conta corrente na doutrina de Fran Martins,⁴ Carvalho de Mendonça,⁵ Pontes de Miranda⁶, conclui justamente sobre a indispensabilidade de verificação dos negócios jurídicos operados através da conta corrente, conforme se depreende dos trechos a seguir transcritos:

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

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

(...)

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

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

Ocorre que, como já se disse, o contrato de conta corrente é, na verdade, contrato normativo, destinado a regular, apenas e tão somente, o tratamento a ser dados a cada uma das remessas, não interferindo em suas respectivas causas.

Nesse contexto, um contrato de conta corrente poderia, entre suas remessas, conter adiantamentos ou reembolsos de despesas, dívidas ou adiantamentos comerciais, remessas para gestão unificada de caixa e, até mesmo, mútuos, sem que, pelo

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

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

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

⁴ " (...) é o contrato segundo o qual duas pessoas convencionam fazer remessas recíprocas de valores - sejam bens, títulos ou dinheiro - anotando os créditos daí resultantes em uma conta para posterior verificação do saldo exigível, mediante balanço" (Contratos e Obrigações Comerciais, Ed Forense, 14ª Edição, p. 397 e seguintes)

⁵ "a) O contrato de conta corrente 'supõe uma série de operações sucessivas e recíprocas entre as partes'. Essas operações não se liquidam imediatamente e sim são anotadas nas contas, como partidas de débito e crédito. Ao final do prazo convencionado, ou no fim de um ano, se não houver período estabelecido, somam-se as partidas de débito e as de crédito, verificando-se o saldo. Esse será o resultado da diferença entre os débitos e os créditos.

b) (...)

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

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

⁶ "Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado (Ed. BookSeller, § 4.615 e seguintes), ressalta a normatividade do contrato de conta corrente, haja vista

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

fato de serem escrituradas em conta corrente se desvinculassem de suas origens.

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

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

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

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

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

Ratificando tudo quanto exposto, a doutrina especializada de Antônio da Silva Cabral⁷ traz a seguinte lição da obra de Pontes de Miranda:

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

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

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

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

⁷ Negócios de Mútuo entre Empresas do Mesmo Grupo". In. Direito Tributário Atual n. 10, p. 2855

ocorrerá quando a conta corrente for fechada. O que é exigível é, repita-se, o saldo da conta corrente.

Na análise das particularidades do caso, percebemos que, efetivamente, não estamos diante de operações de mútuo acobertadas por uma contabilização via conta corrente contábil entre empresas, haja vista que inexistente contrato entre as partes.

A descrição da operação, devidamente provada nos autos e salientada pelo i. Relator, demonstra tal conclusão. Lembremos: quando a autuada Veisa recebe o pagamento de vendas realizadas a prazo de seus clientes, é debitada a conta 1201010201 - JMT Adm e Participações Ltda. e creditada a conta 1103010101 - Duplicatas a Receber, e assim ao invés dos recursos ingressarem em conta representativa de Caixa ou Bancos, a conta 1201010201 - JMT Adm. e Participações Ltda. registra que são entregues à controladora JMT Administração e Participações Ltda. E quando, por exemplo, fornecedores de Veisa Veículos Ltda. são pagos com recursos originados de sua controladora JMT Administrações e Participações Ltda, a conta 1201010201- JMT Adm. e Participações Ltda. é creditada e a conta 2102090901 - Fornecedores Diversos é debitada, registrando a devolução dos recursos.

Deste modo é imperioso que este Conselho reconheça que o trabalho da Fiscalização foi falho, pois fez incidir o imposto sobre simples gestão de caixa entre as empresas do grupo econômico.

Já que a Conta Contábil operacional era utilizada para registrar de tais operações entre partes relacionadas, não se sujeitam à incidência do IOF, imposto federal que incide sobre operações de crédito correspondentes à mútuo (artigo 13 da Lei n. 9.779/1999 e artigos 2º e 3º do Decreto n. 6.306/2007). Não há empréstimo, uma vez que os valores constituem acertos de contas entre as empresas, não havendo, portanto, posterior restituição do dinheiro em espécie, requisito para configuração do mútuo (artigo 586 do Código Civil).

Com essas considerações, acompanho o voto do I. Relator.

Thais de Laurentiis Galkowicz