



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13855.721879/2018-55
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3201-009.809 – 3ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de setembro de 2022
Recorrente YAMAGAMI INVESTIMENTOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2017

FLUXO FINANCEIRO. NÃO CONFIGURAÇÃO DO MÚTUO. NÃO INCIDÊNCIA.

Não há incidência do IOF/Crédito sobre o mero fluxo financeiro entre empresas do mesmo grupo econômico. A Lei 9.779/1999, em seu artigo 13.º, definiu como fato gerador do IOF a operação em que figure como fornecedora do crédito pessoa jurídica não financeira, mas desde que essa operação corresponda a mútuo de recursos financeiros.

No caso dos autos, os valores relativos ao fluxo financeiro estabelecido e contabilizados nas contas auditadas não podem ser considerados como mútuo a teor do que prescreve o art. 586 do Código Civil, não se sujeitando, portanto à incidência do IOF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para cancelar a exigência relativa às operações de conta corrente, vencidos os conselheiros Arnaldo Diefenthaeler Dornelles, Carlos Delson Santiago, Márcio Robson Costa e Hécio Lafetá Reis, que negavam provimento.

(documento assinado digitalmente)

Hécio Lafeta Reis - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Pedro Rinaldi de Oliveira Lima - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Arnaldo Diefenthaeler Dornelles, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Lara Moura Franco Eduardo (suplente

convocado(a)), Leonardo Vinicius Toledo de Andrade, Carlos Delson Santiago (suplente convocado(a)), Laercio Cruz Uliana Junior, Marcio Robson Costa, Helcio Lafeta Reis (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário de fls 351 em face de decisão de primeira instância administrativa da DRJ/SP de fls. 327 que julgou improcedente a Impugnação de fls. 253, nos moldes do Auto Infração de fls. 232 e Relatório Fiscal de fls. 173.

Como de costume nesta Turma de Julgamento, transcreve-se o relatório e ementa do Acórdão da Delegacia de Julgamento de primeira instância, para a apreciação dos fatos e trâmite dos autos:

“Trata-se de Auto de Infração do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros, fls. 232/240, que constituiu o crédito tributário total de R\$ 15.055.436,18, somados o principal, multa de ofício e juros de mora calculados até 30/11/2018.

No Relatório Fiscal que acompanha o Auto de Infração, a autoridade fiscal assim relata os fundamentos do lançamento:

A presente ação fiscal teve origem em elementos coletados no curso da ação fiscal iniciada em 03/07/2017 na empresa AMAZON TRANSPORTES LTDA – CNPJ nº 01.661.770/0001-48 (TDPF nº 08.1.23.00-2017-00389-6) e em diligência fiscal iniciada em 16/11/2017 na empresa MAGNUM CONSULTORIA E ASSESSORIA LTDA – CNPJ nº 08.279.276/0001-62 (TDPF nº 08.1.23.00- 2017-00859-6), cujas empresas pertencem ao mesmo grupo econômico da empresa ora fiscalizada e estão sob controle e administração da “Família Di Gregório”.

Após análise das informações e documentos coletados durante os procedimentos de auditoria, a fiscalização coletou elementos que indicavam claramente que os contratos de prestação de serviços de consultoria celebrados entre a MAGNUM CONSULTORIA e diversas empresas da Família Di Gregório, dentre as quais, a YAMAGAMI INVESTIMENTOS LTDA, eram simulados e que a MAGNUM (contratada) não possuía nenhuma capacidade operacional e/ou técnica necessária à realização de seu objeto.

Verificou-se ainda inúmeras operações de crédito realizadas entre as diversas empresas do Grupo sem que houvesse recolhimento de IOF.

Diante dos elementos coletados no curso da ação fiscal levada a efeito na empresa AMAZON TRANSPORTES – CNPJ nº 01.661.770/0001-48 (TDPF nº 08.1.23.00-2017-00389-6), iniciaram-se, simultaneamente, auditorias fiscais nas empresas AURORA TERMINAIS E SERVIÇOS LTDA – CNPJ nº 01.777.936/0001-96 (TDPF nº 08.1.23.00-2018-00062-9), YAMAGAMI INVESTIMENTOS LTDA – CNPJ nº 01.783.274/0001-67 (TDPF nº 08.1.23.00- 2018-00063-7), SUPER TERMINAIS COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA – CNPJ nº 04.335.535/0001-74 (TDPF nº 08.1.23.00-2018-00064-1), AURORA DA AMAZÔNIA TERMINAIS E SERVIÇOS LTDA – CNPJ nº 04.694.548/0001-30 (TDPF nº 08.1.23.00-2018-00065-3) e SUPER TRANS TRANSPORTES LOGÍSTICA E SERVIÇOS LTDA – CNPJ nº 08.201.761/0001-13 (TDPF nº 08.1.23.00- 2018-00066-1), que pertencem ao mesmo grupo econômico e estão sob controle e administração da “Família Di Gregório”.

As referidas empresas são administradas de fato pelos Srs. FRANCO DI GREGÓRIO e CAMILLO DI GREGÓRIO e estão sob controle societário indireto de seus filhos.

...

4.6. Do controle e administração de fato das empresas Em conformidade com as informações constantes nos sistemas da RFB e em seus atos constitutivos, a YAMAGAMI é administrada formalmente pelo Sr. MARCELLO DI GREGÓRIO, filho de FRANCO DI GREGÓRIO, e LUCIANA DI GREGÓRIO, filha de CAMILLO DI GREGÓRIO.

Não obstante aspecto formal da YAMAGAMI, o fato é que, com base nos elementos coletados no curso da ação fiscal, pode-se concluir que todas as empresas da Família Di Gregório são administradas, de fato e diretamente, pelos Srs. FRANCO DI GREGÓRIO e CAMILLO DI GREGÓRIO e, se não fosse o planejamento de proteção patrimonial e de sucessão familiar, inclusive, em alguns casos, com interposição de pessoas, estariam, até hoje, compondo o quadro societário das empresas.

...

6.1. Das operações de créditos/mútuos realizados com empresas do mesmo grupo econômico sem recolhimento de IOF –01/01/2014 A 31/12/2017 A empresa auditada realizou operações de créditos com empresas do mesmo grupo econômico, caracterizando-se mútuos e sujeitos à incidência do IOF.

As operações foram realizadas com empresas SUPER TERMINAIS COM E INDÚSTRIA LTDA - conta contábil nº 1.21.10.005, AMAZON TRANSPORTES LTDA - conta contábil nº 1.21.10.001, MPD ALCOR EMPREENDIMENTOS E PART LTDA - conta contábil nº 1.21.10.031, FC CENTAURO INVESTIMENTOS LTDA - conta contábil nº 1.21.10.026, LFM COLUMBUS EMPREENDE E PART LTDA - conta contábil nº 1.21.10.032, SUPER TRANS TRANSP. LOG E SERVIÇOS LTDA – conta contábil nº 1.21.10.012, PARNAÍBA SERVIÇOS LTDA– conta contábil nº 1.21.10.008, AURORA DA AMAZÔNIA TERMINAIS E SERV LTDA - conta contábil nº 1.21.10.011, TEMPO BELLO EMPREENDIMENTOS E PART LTDA - conta contábil nº 1.21.10.030, ACTIVA ARMAZÉNS GERAIS E TRANSP LTDA - conta contábil nº 1.21.10.004, DI GREGÓRIO NAVEGAÇÃO LTDA - conta contábil nº 1.21.10.016, MOTOCARGO COMÉRCIO DE TRICICLO LTDA - conta contábil nº 1.21.10.020 e EURONORTE COMISSÁRIA DE DESPACHOS LTDA – conta contábil nº 1.21.10.033.

O IOF não recolhido será calculado mensalmente com base no somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês e nos acréscimos diários apurados entre 01/01/2014 e 31/12/2017 extraídos das contas contábeis supracitadas, nos termos do Decreto nº 6.306/2007 (inciso I, alínea “a”, do art.

7º e seus §§ 15 e 16).

7. Da Legislação Aplicada 7.1. Das operações de crédito/mútuo com empresas ligadas sujeitas à incidência de IOF O mútuo está previsto no Código Civil – Lei nº 10.406/2002, especificamente nos artigos 586 a 592. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis, que nas operações realizadas pela YAMAGAMI é dinheiro, onde o mutuante é a parte que empresta e o mutuário é a parte que recebe o empréstimo.

O art. 13 da Lei nº 9.779, de 1999, prevê a incidência do IOF nas operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas e entre pessoas jurídicas e pessoa física.

...

Tanto a Lei nº 9.779/1999 quanto o Decreto nº 6.306/2007 deixam claro que a incidência ocorre sempre que há movimentação de recursos financeiros entre pessoas jurídicas. Não há exceções, ou seja, independente de pertencerem a um mesmo grupo econômico, a movimentação de recursos entre pessoas jurídicas configura a incidência do IOF. O simples fato de pertencerem a um mesmo grupo e a utilização de conta-corrente na busca de uma gestão financeira eficiente não descaracteriza a ocorrência do mútuo.

Também o inciso I, art. 63 do CTN afirma que todo o aporte de recursos financeiros representa operação de crédito e como tal sujeita-se à incidência do IOF.

...

8. Da análise dos fatos 8.1. Das operações de créditos/mútuos realizados com empresas do mesmo grupo econômico – 01/01/2014 a 31/12/2017 Após analisar a escrituração contábil da YAMAGAMI, verificou-se inúmeros lançamentos contábeis no grupo ativo imobilizado, subgrupo ativo realizável a longo prazo e em contas classificadas como “EMPRÉSTIMOS A TERCEIROS”.

...

Em 15/06/2018 a empresa informou as operações realizadas com as empresas tratavam-se de operações de conta-corrente entre as empresas, exceto as realizadas com a DI GREGÓRIO NAVEGAÇÃO LTDA – conta contábil nº 1.21.10.016, que se referiam à operações de empréstimos sem formalização de contrato.

...

Considerando que os empréstimos foram classificados no realizável a longo prazo decorrem, o que, normalmente, significa realização num prazo superior a um ano a partir do próprio balanço, em 02/07/2018 a empresa intimada a informar a data do vencimento da operação e a data da liquidação, se já houver (Termo de Intimação Fiscal nº 002 – item 5.1). Em 10/08/2018 a empresa informou que os valores não haviam sido liquidados e que se tratavam de contacorrente.

Intimada a apresentar a motivação para realização dos empréstimos (Termo de Intimação Fiscal nº 002 – item 5.3), a empresa auditada informou que as operações de conta-corrente são realizadas de acordo com a necessidade de recursos nas empresas.

...

Nesse sentido e considerando que:

- a) Todas operações com as empresas acima citadas, indistintamente, estão contabilizadas em contas contábeis de “empréstimos a terceiros” classificadas no realizável a longo prazo;
- b) Todas empresas acima citadas pertencem ao mesmo grupo econômico comandado pela Família Di Gregório;
- c) Não houve celebração de contratos nas operações;
- d) Todas as operações de créditos se revestem das mesmas características;
- e) As operações não tem vencimento e não haviam sido liquidadas até 04/09/2018;
- f) Não há valor do principal definido a ser utilizado pelo mutuário;

A fiscalização realizará a apuração do IOF devido utilizando-se como base de cálculo o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês, a se iniciar com os saldos devedores existentes em 01/01/2014 até 31/12/2017, nos termos da legislação vigente (vide tópico 7.1), nas seguintes contas: SUPER TERMINAIS – conta nº 1.21.10.005, AMAZON TRANSPORTES - conta nº 1.21.10.001, MPD ALCOR EMPREENDIMENTOS - conta nº 1.21.10.031, FC CENTAURO INVESTIMENTOS - conta nº 1.21.10.026, LFM COLUMBUS EMPREENDE - conta nº 1.21.10.032, SUPER TRANS – conta nº 1.21.10.012, PARNAÍBA SERVIÇOS – conta nº 1.21.10.008, AURORA DA AMAZÔNIA – conta nº 1.21.10.011, TEMPO BELLO EMPREENDIMENTOS - conta nº 1.21.10.030, ACTIVA ARMAZÉNS GERAIS - conta nº 1.21.10.004, DI GREGÓRIO NAVEGAÇÃO - conta nº 1.21.10.016, MOTOCARGO COMÉRCIO DE TRICICLO - conta nº 1.21.10.020; EURONORTE COMISSÁRIA DE DESPACHOS – conta nº 1.21.10.033; POLARES ADMINISTRAÇÃO – conta nº 1.21.10.022, APA PARTICIPAÇÕES E AGRÍCOLAS – conta nº 1.21.10.014, GEMINI ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES – conta nº 1.21.10.024, ML PARTICIPAÇÕES - conta nº 1.21.10.029, DIGEX AERO CARGO – conta contábil nº 1.21.10.019, AURORA ARMAZÉNS GERAIS - conta nº 1.21.10.018, COARI TRANSPORTES - conta nº 1.21.10.002, ROBERTA SERVIÇOS E

INVESTIMENTOS – conta nº 1.21.10.009 e BRASFLU SERVIÇOS - conta nº 1.21.10.015.

...

Diante de tais constatações e à vista da legislação tributária vigente, lavrei auto de infração para lançar de ofício os créditos tributários devidos a título de IOF que deixaram de ser recolhidos aos cofres públicos conforme descritos acima, acrescidos da multa de lançamento de ofício 75%, respectivamente, e dos juros de mora, em conformidade com os respectivos enquadramentos legais que constam do Auto de Infração do qual este Relatório Fiscal é parte integrante.

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

A presente Impugnação visa cancelar lançamento de ofício de Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (“IOF”) sobre lançamentos contábeis estritamente vinculados à relação de conta corrente entre a Impugnante e suas interligadas durante 01.01.2014 e 01.12.2017.

...

Nos termos da fiscalização, não haveria exceções à incidência do imposto, de modo a que a movimentação de recursos entre pessoas jurídicas, independente de pertencerem a um mesmo grupo econômico, configuraria a incidência do IOF.

...

Diante da estrutura societária atual, pode-se dizer que o principal objetivo, além do planejamento sucessório, é combinar recursos e esforços na realização de objetivos comuns.

Essa afirmação é a aplicação do conceito de grupo societário ou empresarial trazido pelo Código Civil, em seu artigo 1.097, e pela Lei nº 6.407/76, que devem ser subsidiariamente aplicados em matéria tributária já que esses mesmos conceitos também são invocados pelos Julgadores especializados nos casos de responsabilidade dentro de um grupo econômico.

...

No caso em apreço, o que se verifica é a transferência de recursos financeiros à Impugnante, na figura de holding, pelas empresas operacionais, para concentração da administração e investimentos eficientes desses recursos, na medida que quando essas empresas operacionais verificam uma obrigação vincenda a acionam para alocar os valores necessários para quitar suas obrigações.

Registre-se que todas as movimentações de valores entre as empresas do grupo eram devidamente lançadas na contabilidade das empresas como simples registro de conta corrente à crédito e débito dos recursos em trânsito, sem nunca ter ocorrido liquidação exata de nenhuma das contas, não se denotando, portanto, a contrapartida de suposto empréstimo concedido.

...

Ademais, note-se que a D. Fiscalização não logrou êxito em apontar qualquer execução dos valores supostamente mutuados pela Impugnante (característica intrínseca à operação de mútuo, que visa a recuperação dos valores emprestados em prazo determinado), mesmo que em períodos posteriores.(...).

...

Neste cenário, as supostas remessas acabam por perder sua autonomia como um crédito isolado, não se caracterizando como efetivas concessões de crédito que possam ser classificadas como mútuo.

Tal método aponta, ainda, que não se trata de situação na qual a Impugnante, na figura de holding, concede crédito indiscriminado às outras empresas do grupo.

Pelo contrário, o fato de registrar essas transferências financeiras em sua contabilidade, demonstra que todas as empresas detêm plena gerência e conhecimento sobre sua receita, despesa e custo exato, assinalando todos os movimentos.

Contudo, referidas operações jamais poderiam ser tratadas como operações de mútuo, pois, além de não estarem abarcadas por contratos nesse sentido, trata-se apenas de transferência entre interligadas a fim de concentrar a administração dos recursos financeiros, visando a eficiência econômica do grupo.

Por fim, importante registrar que a recuperação de tais valores, além de não poder ser executada em face das interligadas (hipótese na qual, em última instância, seriam computados como custos não despesáveis pela Impugnante),

poderia se dar de forma diversa do que a quitação de contas, como por meio de participação ou mesmo aporte de valores.

Resta, portanto, demonstrada a natureza jurídica da operação como mera relação de conta corrente entre as empresas de um mesmo grupo empresarial, não havendo que se falar em mútuo ou empréstimo realizado pela Impugnante, conforme se passa a demonstrar nos tópicos subsequentes.

PRELIMINARMENTE: Da decadência de parte dos valores lançados – Do erro na determinação da base de cálculo do IOF Antes de adentrar nas razões de mérito que demonstrarão a total improcedência do lançamento, é imperioso destacar, preliminarmente, o excesso da presente autuação sobre o somatório dos saldos devedores diários apurados entre janeiro de 2014 e dezembro de 2017.

...

A D. Autoridade Lançadora procedeu com os lançamentos dos períodos compreendidos entre janeiro de 2014 e dezembro de 2017, considerando “o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês”, conforme previsto no art. 7º, inc. I, “a”, do Decreto nº 6.306/2007.

Porém, de acordo com o que será exposto adiante, é de rigor o reconhecimento da decadência dos valores referentes aos fatos geradores (operações financeiras)

ocorridos antes de janeiro de 2012, em obediência ao art. 173, inc. I. do Código Tributário Nacional (“CTN”).

Isso porquê o art. 3º, §1º, inc. I do mesmo normativo legal, determina que o fato gerador do IOF é a disponibilização de valores (...).

Assim sendo, considerando que a base de cálculo do presente lançamento reflete a somatória dos saldos devedores diários ao final de cada mês, evidente concluir que não pode a D. Autoridade Lançadora considerar o saldo acumulado anterior à janeiro 2012, tendo em vista que se trata de transações (fato gerador)

ocorridas anteriormente ao prazo decadencial. Infere-se, portanto, que somente a disponibilização de valores ocorrida a partir desta data é que podem formar a base de cálculo do lançamento.

...

Diante do exposto, é de rigor que seja reconhecido o crédito tributário já extinto pela decadência, o qual se refere às operações ocorridas antes de janeiro de 2012, razão pela qual tais saldos devem ser expurgados da base de cálculo do IOF ora exigido.

DO MÉRITO: Da natureza jurídica das operações de conta corrente e sua distinção das operações de mútuo.

A D. Fiscalização, a fim de sustentar o lançamento, parte da premissa de que a Impugnante teria realizado diversas operações de mútuo ao longo dos anos de 2014, 2015, 2016 e 2017, em favor de empresas do mesmo grupo.

Contudo, conforme demonstrado, as referidas operações desenvolvidas pela Impugnante tratam-se de operações de conta corrente entre empresas de um mesmo grupo

econômico, que se diferenciam daquelas envolvendo mútuo, a justificar a não incidência do IOF.

No caso, estariam presentes os requisitos que caracterizam uma operação de conta corrente, tais como, (i) a existência de uma série de operações sucessivas e recíprocas, cuja liquidação se dará em momento posterior, (ii) a inexistência da figura de credor e devedor, (iii) a impossibilidade de cobrança de juros, eis que não há crédito ou débito quando os lançamentos são realizados, e (iv) a inexistência de prazo para liquidação, com possibilidade de exigência do saldo apenas quando do término da operação.

A Impugnante, na realização de suas operações de conta corrente com empresas interligadas do grupo não celebrou, conforme informado no procedimento de fiscalização, qualquer contrato formal escrito para tanto.

Além disto, conforme demonstram os lançamentos efetuados nas contas contábeis analisadas pela fiscalização, em que se verifica a existência de diversos lançamentos de movimentação de recursos entre as empresas do grupo, as operações de conta corrente desenvolvidas pela Impugnante também não possuem prazo para liquidação, de modo que inexistente a figura de credores e devedores até o momento.

Por fim, também não há qualquer previsão ou acordo de pagamento de juros em razão da realização destas constantes movimentações financeiras realizadas pela Impugnante com suas interligadas, mas apenas o compromisso verbal de concentrarem na holding os recursos financeiros provenientes de sobras de caixa.

As duas operações postas em análise na presente defesa administrativa são aquelas relativas (i) ao mútuo, que enseja a incidência de IOF (nos termos do art. 3º, § 3º, inc. III, do Decreto n. 6.306/2007), mas que, conforme descrito nos tópicos precedentes, não aplica aos fatos do caso em tela, e (ii) ao conta corrente, esta sim plenamente identificável nas relações contábeis realizadas pela Impugnante no período compreendido entre 2014 e 2017, e que não configuram hipótese de incidência do imposto.

O contrato de mútuo, ou as operações de mútuo, conforme previsto na lei civil (Código Civil, art. 586), consiste em um contrato típico, escrito ou verbal, ou operação que somente se aperfeiçoa com a entrega de um bem (fungível) a terceiros que assumem a obrigação de restituição do mesmo bem ou de outro equivalente ao que fora emprestado dentro de um prazo previamente estabelecido.

...

Em relação aos contratos ou operações de conta corrente, por sua vez, a doutrina convencionou, a partir da previsão contida na antiga Lei do Cheque¹², tratá-los como contratos atípicos, sem a previsão de forma especial, que se assemelharia mais a um acordo tácito ou expresso no qual uma parte recebe um valor de outra e vice-versa. Esses valores ficam registrados, assim como o saldo devedor de ambas as partes para que quando um novo depósito seja realizado à conta e ordem do depositante, este possa ser abatido do saldo devedor.

Sabe-se que o principal objetivo de um contrato de conta corrente é viabilizar o trânsito de valores entre empresas que estão sob o mesmo controle estratégico e financeiro, visando facilitar o dia a dia empresarial. Essa situação ocorre, pois comum que haja sobra de caixa em uma sociedade enquanto outra esteja deficitária.

Neste cenário, já constatou PONTES DE MIRANDA que os lançamentos constantes de remessas e saldos em conta corrente contábil não fazem nascer qualquer relação creditícia entre as partes, pois não são exigíveis, mas apenas liquidáveis quando ambas as partes decidirem encerrar essas contas em sua contabilidade.

...

Diante da detalhada análise da operação objeto da presente autuação desenvolvida, não pairam dúvidas de que a operação em voga não se equipara a um mútuo, mas sim a operação de conta corrente firmada entre empresas interligadas.

Note-se que o texto da Lei e do respectivo Decreto que regem a matéria de IOF não trazem no rol de fatos ensejadores da incidência do tributo a hipótese de conta corrente que não se equipara ao contrato de mútuo.

...

Em suas operações, a Impugnante (i) não celebra contratos escritos, (ii) não cobra nem paga juros, (iii) não impõe e nem se obriga ao cumprimento de prazos de liquidação da operação, (iv) realiza a movimentação de fluxos contínuos de recursos de forma sucessivas e recíproca com as empresas com ela interligadas, especialmente a holding.

Pois bem, diante de todos os esclarecimentos trazidos à apreciação nesta impugnação, resta evidente que as operações praticadas pela Impugnante não estão submetidas à incidência do IOF, pois não se tratam de operações de mútuo ou sequer empréstimo, mas sim de escriturações de créditos e débitos com suas interligadas, via conta corrente, com o fito único e exclusivo de quitar as despesas que estas não poderiam honrar e jamais com finalidade diversa.

A contribuinte coleciona citações de doutrina e decisões judiciais e administrativas em apoio às suas teses.”

A Ementa do Acórdão de primeira instância administrativa fiscal foi publicada com o seguinte conteúdo e resultado de julgamento:

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

Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2017

IOF. MÚTUO FINANCEIRO. INCIDÊNCIA.

Sujeitam-se à incidência do IOF as operações de crédito correspondentes a mútuo financeiro entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, ainda que sob a forma de conta corrente.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Após o protocolo do Recurso Voluntário, que reforçou as argumentações da Impugnação, os autos foram distribuídos e pautados nos moldes do regimento interno.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Relator.

Conforme o Direito Tributário, a legislação, os precedentes, os fatos, as provas, documentos e petições apresentados aos autos deste procedimento administrativo e, no exercício dos trabalhos e atribuições profissionais concedidas aos Conselheiros Titulares, conforme Portaria de Condução e Regimento Interno, apresenta-se este Voto.

Por ser tempestivo, conter matéria de competência desta 3.ª Seção de julgamento e preencher os demais requisitos de admissibilidade, o Recurso Voluntário deve ser conhecido.

- Decadência.

O auto de infração foi lavrado em 06/11/2018 e os fatos geradores estão entre 30/01/2014 e 31/12/2017.

A fiscalização calculou os vencimentos dos tributos com base nas seguintes normas legais:

“Vencimento do Tributo Fatos Geradores entre 21/01/2014 e 31/12/2017:

Art. 70, inciso II, alíneas "a" e "c" da Lei nº 11.196, de 2005, com redação dada pela Lei nº 12.599, de 2012”

Com relação a calcular a decadência do IOF com base nas efetivas datas de transferências dos recursos ou nas datas dos registros contábeis dos débitos e créditos, possui razão a decisão de primeira instância, conforme entendimentos reproduzido a seguir:

“Iniciando pela preliminar de decadência do direito de constituição do crédito, o argumento da defesa no sentido de que o marco inicial para a contagem do prazo decadencial seriam as operações financeiras representativas das entregas originais de recursos é equivocado.

E equivoca-se a impugnante por desconsiderar a própria sistemática de apuração do IOF naqueles casos em que os mútuos não apresentem montante e prazo definidos.

Nessas hipóteses, a base de cálculo é a soma mensal dos saldos diários, o que significa que, existindo tais saldos, é irrelevante o momento de realização do contrato ou operação originais.

Os saldos são, em si, os fatos geradores.

Assim, ainda que o início das movimentações tenha ocorrido antes do período abrangido pelo Auto, verificada a existência de saldos dentro do período de cinco anos a contar retroativamente da data da ciência dos autos, não há que se falar em decadência.

No mérito, a contribuinte reconhece a existência de operações entre ela e as empresas do grupo empresarial, controladas em sistema de contas-correntes. No entanto, contesta o entendimento fiscal de que transações dessa natureza poderiam ser atingidas pelo IOF na modalidade crédito.

A 3.ª Turma da Câmara Superior deste Conselho decidiu no mesmo sentido, conforme ementa do Acórdão n.º 9303-010.088 reproduzida a seguir:

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

Período de apuração: 31/01/2006 a 31/12/2008

FATO GERADOR. OPERAÇÕES DE CRÉDITO SEM VALOR DEFINIDO. DECADÊNCIA.

O lançamento tributário calculado com base no artigo 7º, inciso I, alínea "a" do Decreto nº 6.306/2007 utiliza como base de cálculo o somatório dos saldos devedores diários

apurado no último dia de cada mês. Este mesmo Decreto, em seu artigo 3º, § 1º, inciso I, estabelece que o fato gerador do IOF ocorre na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado. Valores à disposição do interessado no período autuado podem já ter sido colocados à sua disposição em períodos anteriores e mesmo tributados; isso não afeta essa disponibilidade nos meses subsequentes, assim como a decadência do direito ao lançamento daqueles mesmos períodos anteriores não afeta os seguintes.”

E nas turmas ordinárias a contagem segue a mesma linha de pensamento, conforme trecho da ementa do Acórdão n.º 3301-006.706, de relatoria do nobre conselheiro Doutor Salvador Cândido Brandão Junior:

“DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. REGRA GERAL.

O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário em tributos sujeitos ao lançamento por homologação será contado conforme o art. 173, I do CTN, nos casos em inexistir o pagamento antecipado, sendo, portanto, de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Inteligência do REsp nº 973.733/SC. Nos casos em que a operação de crédito é detectada em créditos rotativos, sem valor específico, o fato gerador é a disponibilização do crédito e a base de cálculo são os saldos devedores detectados em cada dia, somados no fim do mês. Como a cada dia em que há saldo devedor há uma nova disponibilização de crédito, não foi detectada, neste caso concreto, a ocorrência da decadência do direito de lançar, tendo em vista que a data de disponibilização mais antiga compreende o dia 01/01/2012.”

Assim, considerando que a data de disponibilização mais antiga é datada de 30/01/2014, não está concretizada a decadência e deve ser negado provimento ao seu pedido preliminar.

- Mérito.

A fiscalização identificou que houve fluxo financeiro entre a recorrente e as seguintes empresas do mesmo grupo econômico, nas seguintes contas, conforme trecho do relatório, selecionado e transcrito a seguir:

“... nas seguintes contas: SUPER TERMINAIS – conta nº 1.21.10.005, AMAZON TRANSPORTES - conta nº 1.21.10.001, MPD ALCOR EMPREENDIMENTOS - conta nº 1.21.10.031, FC CENTAURO INVESTIMENTOS - conta nº 1.21.10.026, LFM COLUMBUS EMPREEND - conta nº 1.21.10.032, SUPER TRANS – conta nº 1.21.10.012, PARNAÍBA SERVIÇOS – conta nº 1.21.10.008, AURORA DA AMAZÔNIA – conta nº 1.21.10.011, TEMPO BELLO EMPREENDIMENTOS - conta nº 1.21.10.030, ACTIVA ARMAZÉNS GERAIS - conta nº 1.21.10.004, DI GREGÓRIO NAVEGAÇÃO - conta nº 1.21.10.016, MOTOCARGO COMÉRCIO DE TRICICLO - conta nº 1.21.10.020; EURONORTE COMISSÁRIA DE DESPACHOS – conta nº 1.21.10.033; POLARES ADMINISTRAÇÃO – conta nº 1.21.10.022, APA PARTICIPAÇÕES E AGRÍCOLAS – conta nº 1.21.10.014, GEMINI ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES – conta nº 1.21.10.024, ML

PARTICIPAÇÕES - conta nº 1.21.10.029, DIGEX AERO CARGO – conta contábil nº 1.21.10.019, AURORA ARMAZÉNS GERAIS - conta nº 1.21.10.018, COARI TRANSPORTES - conta nº 1.21.10.002, ROBERTA SERVIÇOS E INVESTIMENTOS – conta nº 1.21.10.009 e BRASFLU SERVIÇOS - conta nº 1.21.10.015.

Em impugnação o contribuinte alegou que as operações são meras operações de conta corrente entre as empresas e que não poderiam caracterizar o mútuo e, por tal razão, não deveriam sofrer a incidência do IOF.

Exceto com relação à uma operação, a própria recorrente confirmou que a natureza da operação poderia caracterizar o mútuo financeiro, que foi a operação realizada com a DI GREGÓRIO NAVEGAÇÃO LTDA, na conta contábil nº 1.21.10.016.

Considerando que os argumentos da recorrente estão fundamentados sob a premissa de que o IOF não deve incidir nas operações de conta corrente, não há argumento de defesa que sustente a não incidência de IOF nas operações com a empresa acima mencionada e, portanto, a cobrança deve ser mantida nesta específica operação.

Com relação às operações com as demais empresas, é importante registrar, com base no Art. 142 do CTN e Art. 10 do Decreto 70.235/72, que o ônus da prova é da fiscalização na lavratura do Auto de Infração.

Conforme disposição expressa do Art. 13 da Lei 9.779/99¹, para que o IOF incida em operações financeiras de pessoas jurídicas que não tenham a natureza de instituição financeira, as operações de crédito devem corresponder ao mútuo, modalidade contratual que possui previsão legal no Art. 586 do Código Civil, transcrito a seguir:

"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."

Como bem demonstrado no Acórdão n.º 3201-004.189, de relatoria do nobre conselheiro Leonardo Toledo Vinicius de Andrade, colega nesta turma de julgamento, os contratos de mútuo possuem características próprias. Logo, se as operações não preenchem as características e o mútuo não foi configurado, o IOF não deve incidir, conforme bem registrou o conselheiro nos trechos selecionados e transcritos a seguir:

"O Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, por ocasião do julgamento do processo nº 10480.725110/2014-90 (Acórdão 3402-003.018), procedeu a minuciosa análise dos contratos de mútuo, conforme a seguir reproduzido:

¹ 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.

"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. (grifos constantes no original)."

Da doutrina de Orlando Gomes tem-se:

"o mútuo é contrato pelo qual uma das partes empresta à outra coisa fungível, tendo a outra, a obrigação de restituir igual quantidade de bens do mesmo gênero e qualidade. A característica fundamental do mútuo é a transferência da propriedade da coisa emprestada, que sucede necessariamente devido à impossibilidade de ser restituída na sua individualidade. Daí se dizer que é contrato translativo. A propriedade da coisa só se transmite com a tradição." GOMES, Orlando. Contratos. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 354.)

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

Necessário transcrever novamente o caput do art. 13 da Lei 9.779/1999:

"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."

Por sua vez os arts. 2º, in. I, alínea "c" e 3º, §3º, inc. III, do Decreto nº 6.306/2007:

"Art. 2º O IOF incide sobre:

I operações de crédito realizadas:

(...)

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:

(...)

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

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

O escólio de Alberto Xavier é importante ao caso:

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

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

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

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

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

(...)

Na noção de crédito estão implícitos os seguintes elementos:

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

(...)

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

Trata-se, em suma, de saber se poderá a expressão "mútuo de recursos financeiros", utilizada no art. 13 da Lei nº 9.779/1999, ser interpretada em sentido amplo, de modo a abranger negócios jurídicos que, muito embora não sejam mútuos em sentido técnico-jurídico, possam produzir efeitos econômicos similares aos de uma operação de crédito (...)" (XAVIER, Alberto. A Distinção entre Contrato de Contacorrente e Mútuo de Recursos Financeiros para Efeitos de IOF. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 208, fls. 15 a 26.)"

(...)

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

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

Dispõe o CTN:

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

(...)

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

Pertinentes são as ponderações do Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, (Acórdão 3402-003.018):

"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.9099)."

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

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

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

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

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

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

- Revela-se inviável a pretendida interpretação analógica do art. 5º do Decreto-Lei 2.354/87, no sentido de corrigir monetariamente o valor retido do Imposto de Renda decorrente de aplicações financeiras, uma vez que na esteira da construção jurisprudencial desta Corte, exige-se Lei que determine tal correção, vedando-se o uso da analogia.

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

"TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE A HABILITAÇÃO DE TELEFONES CELULARES. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE QUE NÃO SE CONSTITUI EM

SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. ANALOGIA EXTENSIVA. EXIGÊNCIA DE TRIBUTO SOBRE FATO GERADOR NÃO PREVISTO EM LEI. PROIBIÇÃO. ART. 108, § 1º, DO CTN.

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

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

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

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

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

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

A tentativa de tributar fluxos financeiros realizados pela Recorrente, com fundamento no art. 13 da Lei 9.779/1999 resulta no emprego da analogia, incompatível como dito com o princípio da legalidade e da tipicidade da tributação.

(...)

Em recente julgado, à unanimidade de votos, a 2ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção de Julgamento, decidiu que não incide o IOF pelo simples adiantamento de recursos, sendo imprescindível para a incidência tributária a exata correspondência a um mútuo. A decisão está ementada nos seguintes moldes:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS IOF
Período de apuração: 31/12/2012 a 04/01/2013 Ementa:

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

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

Do voto do relator destaco:

"17. Assim, quando o art. 3º, §3º, inciso III do Decreto n. 6.306/2007 estabelece que haverá incidência de IOF sobre o mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas, o signo "mútuo" é ali empregado nos termos do que fora desenhado pelo direito civil, exatamente como estabelece o art. 110 do Código Tributário Nacional. Aliás, é do referido dispositivo do CTN que se extrai a ideia do direito tributário ser um direito de sobreposição, na medida em que ele (direito tributário) se vale de conceitos e institutos já estabelecidos por outros ramos do direito para então atuar, atuação essa que, por conseguinte, fica limitada por tais conceitos e institutos do direito privado.

(...)

20. Neste sentido, o adiantamento de recursos financeiros por parte da recorrida em favor da empresa Fibria constitui uma das suas obrigações em razão do que fora estipulado no PSA e não o negócio jurídico em si considerado (como seria no caso de um contrato de mútuo). Em verdade, o importe financeiro entregue pela recorrida em favor da empresa Fibria tinha por escopo garantir o direito de aquisição dos ativos que compõem o Projeto Losango.

21. Ademais, também não há obrigação da empresa Fibria em devolver recursos financeiros no mesmo valor do adiantamento efetuado pela recorrida. A obrigação da Fibria é a entrega de cotas de duas sociedades (Newcol e Newco2), proprietárias dos ativos que constituem o Projeto Losango. A Fibria também não possui a prerrogativa de devolver antecipadamente os recursos financeiros recebidos da Recorrida (prerrogativa que seria concedida a um mutuário)."

Tem-se, também, os seguintes julgados:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS IOF Ano-calendário: 2010, 2011 IOF. RECURSOS CONTABILIZADOS EM ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL AFAC. EQUIPARAÇÃO A NEGÓCIO DE MÚTUA. REQUISITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE.

Estando demonstrado que os recursos repassados representavam pagamento antecipado para aquisição de ações ou quotas de capital (AFAC), cumprindo os requisitos exigidos pela legislação, o aporte de recursos financeiros efetuados não se caracteriza como uma operação de crédito correspondente a mútuo, razão pela qual não é suficiente para a configuração do fato gerador do IOF, previsto no artigo 13 da Lei nº 9.779/99.

(...)

IOF. OPERAÇÕES COMERCIAIS ENTRE PESSOA JURÍDICAS RELACIONADAS. OTM. TRANSPORTE. HOLDING. EMPRESA NÃO FINANCEIRA. NÃO INCIDÊNCIA.

A Lei 9.779, em seu artigo 13, definiu como fato gerador do IOF a operação em que figure como fornecedora do crédito pessoa jurídica não financeira, mas desde que essa operação corresponda a mútuo de recursos financeiros.

No caso dos autos, os valores contabilizados nas contas auditadas constituem remuneração ou reembolso pelos serviços prestados por empresas subcontratadas no plano de atuação OTM (operador de transporte multimodal), que, no caso, são controladas/coligadas.

Assim, ficou comprovado que há relações comerciais entre as empresas, justamente pelo fato da Contribuinte operar o OTM. Ela subcontrata as empresas controladas do grupo para a realização de diversas atividades de transporte. Porém, por ser holding responsável pelo gerenciamento do grupo, o faturamento é nela centralizado e contabilizado, consolidando os recebimentos que são posteriormente divididos entre suas controladas. Em outras palavras, a holding faturava os serviços em sua integralidade, e posteriormente pagava os valores devidos às demais empresas do grupo que prestaram serviços para o adimplemento do contrato.

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). Portanto, não há sujeição à incidência do IOF. (...) (Processo nº 10980.721730/2013-38; Acórdão nº 3402-004.932; Relator Conselheiro Thais De Laurentiis Galkowicz; sessão de 26/02/2018)

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF Período de apuração: 31/07/1999 a 31/03/2000, 30/06/2000 a 30/06/2003 IOF. OPERAÇÃO DE CRÉDITO REALIZADA ENTRE EMPRESAS NÃO FINANCEIRAS. INCIDÊNCIA. REQUISITOS.

A Lei 9.779, em seu art. 13, definiu como fato gerador do IOF a operação de crédito em que figure como fornecedora do crédito pessoa jurídica não financeira, mas desde que essa operação configure mútuo de recursos financeiros. Não o é mero adiantamento de recursos a fornecedor de serviço regularmente contratado, a ser quitado por meio da execução do serviço.

Recurso Provido." (Processo nº 10746.001486/2003-94; Acórdão nº 3402-00.472; Relator Conselheiro Júlio Cesar Alves Ramos; sessão de 04/02/2010)

Do voto extrai-se o seguinte excerto:

"Por isso, ainda que se possa entender que a operação consistente nos adiantamentos é diversa da contratação das obras, e assim também penso, o máximo que se pode considerá-la é modalidade de financiamento pelo contratante. Como bem se sabe, distingue-se tal modalidade daquela prevista na Lei nº 9.779 pelo fato de estar vinculada à elaboração de um bem ou realização de serviço, por meio da qual o adiantamento é pago.

Já o mútuo, como citado no recurso, é modalidade diversa de crédito e tem expressa definição no Código Civil (art. 586). Nela a obrigação do mutuário é devolver, em quantidade determinada, coisa da mesma espécie e qualidade que lhe fora entregue pelo mutuante. A modalidade mais comum, por óbvio, é o mútuo de dinheiro, em que dinheiro, portanto, tem de ser devolvido."

Ainda:

"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS IOF. Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2005 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 contacorrente, não podendo o Fisco constituir uma realidade que a lei expressamente não preveja.

Recurso Voluntário Provido" (Processo nº 11080.015070/2008-00; Acórdão 3101-001.094; Relator Conselheiro Corinto Oliveira Machado; sessão de 25/04/2012)

Da decisão tem-se:

"É que entendo que o Fisco incorre em equívoco na interpretação dos fatos jurídicos colhidos para aplicação das normas relativas ao IOF. Isso porque, diferentemente do que interpretou a Fiscalização, não houve a contratação de mútuo entre a Recorrente e sua Controladora, da qual é controlada, mas sim, entendo ser contrato de conta corrente pelo qual a Holding administra o caixa do Grupo. O direito civil tem previsão para as duas modalidades de contrato e não cabe ao Fisco decidir qual deles está sendo implementado no caso em apreço.

Apesar de o Fisco apresentar coerente com as práticas de fiscalização que vem desenvolvendo nos últimos anos, há muito que a jurisprudência administrativa tem feito a correta distinção entre contratos de mútuo e contratos de conta corrente. No contrato de mútuo o credor dá em empréstimo coisa fungível ao devedor que se obriga a restituir 'coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade'. O tomador tem a prerrogativa de realizar as operações que melhor lhe prover com os valores emprestados, Já o contrato de conta corrente não há um empréstimo, propriamente dito, as partes estabelecem uma relação na qual cada uma das partes pode estar simultaneamente na posição de credor e devedor o que lhe dá a característica de contrato bilateral, com direitos e obrigações recíprocas. Ocorre que aquele que tem a posse do numerário não está livre para fazer dele o que quiser, pois se o depositante requerer o numerário, aquele deverá restituí-lo imediatamente.

Somente por estas diferenças essenciais entre o contrato de mútuo e o contrato de conta corrente é que não poderia o Fisco, definir, a partir de um saldo contábil definir o tipo de contratação que se opera."

No presente caso, de forma semelhante ao precedente citado, a fiscalização não comprovou que as operações configuraram o mútuo financeiro, pois realizou uma simples analogia, ao invés de auditar as operações e verificar se realmente configuravam mútuo ou não.

Essa analogia utilizada pela fiscalização pode ser percebida na simples leitura do Relatório Fiscal.

Pelo que restou demonstrado no autos, os fluxos financeiros entre as empresas não implicavam em operações de empréstimos, porque, por mais que alguns registros contábeis apontassem que seriam empréstimos a terceiros, as operações concretizam meras escriturações de débitos e créditos via conta-corrente, para quitação de dívidas das empresas do grupo, como bem salientou o contribuinte em suas peças recursais:

"74. Em suas operações, a Recorrente (i) não celebra contratos escritos, (ii) não cobra nem paga juros, (iii) não impõe e nem se obriga ao cumprimento de prazos de liquidação da operação, (iv) realiza a movimentação de fluxos contínuos de recursos de forma sucessivas e recíproca com as empresas com ela interligadas, especialmente a holding.

75. Pois bem, diante de todos os esclarecimentos trazidos à apreciação neste recurso, resta evidente que as operações praticadas pela Recorrente não estão submetidas à incidência do IOF, pois não se tratam de operações de mútuo ou sequer empréstimo, mas sim de escriturações de créditos e débitos com suas interligadas, via conta corrente, com o fito único e exclusivo de quitar as despesas que estas não poderiam honrar e jamais com finalidade diversa."

O que realmente poderia caracterizar o mútuo, que seria a necessidade da devolução do valor "empréstado", não foi demonstrado pela fiscalização. A junção de indícios indica que o "acerto" posterior entre as empresas do mesmo grupo deu-se somente pela liquidação, principal característica das operações de conta corrente.

O mero fluxo financeiro entre a empresa Holding e suas interligadas não é suficiente para a caracterização do mútuo e, conseqüentemente, não é fato gerador do IOF.

Diante do exposto, com base nos fatos, nas razões, fundamentos legais e precedentes demonstrados, deve ser DADO PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para cancelar a exigência relativa às operações de conta corrente.

É o voto.

(assinatura digital)

Pedro Rinaldi de Oliveira Lima.

Fl. 19 do Acórdão n.º 3201-009.809 - 3ª Seção/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13855.721879/2018-55