



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

Processo nº 15504.723993/2015-82
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-004.340 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de janeiro de 2018
Matéria IOF
Recorrente BMP PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009, 2010

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS LEGAIS. DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é competente para se manifestar sobre a inconstitucionalidade de normas, havendo expressa vedação no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, com a redação alterada pela Lei nº 11.941/09, além de súmula de jurisprudência (Súmula CARF nº 2)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009, 2010

NULIDADE. DECISÃO ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA.

Não padece de qualquer vício a decisão administrativa que enfrenta todas as questões postas em recurso pelo interessado, não consubstanciando qualquer defeito o não acolhimento, como questão preliminar, de pontos controvertidos que, por sua natureza, confundem-se com o próprio mérito da discussão.

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

Ano-calendário: 2009, 2010

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

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

sua natureza, importem colocação ou entrega de recursos à disposição de terceiros.

IOF. ADIANTAMENTO PARA FUTUROS AUMENTOS DE CAPITAL - AFAC. DESCUMPRIMENTO DE REQUISITOS. INCIDÊNCIA.

Os adiantamentos para futuros aumentos de capitais (AFAC) entre pessoas jurídicas interligadas, para que não configurem operações de crédito, devem ser precedidos de compromisso formal irrevogável, firmado por ambas as partes, que os recursos se destinam exclusivamente a aumento de capital e que esta integralização ocorra até a primeira Assembléia-Geral Extraordinária (AGE) ou alteração contratual, após o ingresso dos recursos na sociedade tomadora, além, é claro, que os lançamento contábeis reflitam esta opção das entidades. Caso contrário, inobservadas essas condições, deve a entrega ou disponibilização de recursos financeiros caracterizar operação de crédito e sujeitar-se à incidência do IOF.

Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Os Conselheiros Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, Tiago Guerra Machado, Renato Vieira de Ávila e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco acompanharam o relator pelas conclusões, em função de verificação de carência probatória por parte da recorrente.

Rosaldo Trevisan – Presidente

Robson José Bayerl – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Rosaldo Trevisan, Robson José Bayerl, Augusto Fiel Jorge D'Oliveira, Mara Cristina Sifuentes, Renato Vieira de Ávila (suplente convocado), Fenelon Moscoso de Almeida, Tiago Guerra Machado e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco. Ausente justificadamente o Cons. André Henrique Lemos.

Relatório

Cuida-se de lançamento de Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros – IOF, anos-calendários 2009/2010, em função da caracterização de mútuo em relação a operações de crédito realizadas com pessoas ligadas, físicas e jurídicas, registradas em contas do Ativo Realizável a Longo Prazo, destacando que não há previsão legal para afastar a incidência do tributo nas hipóteses de liquidação de operações de crédito mediante aumento de capital na sociedade devedora.

Em impugnação sustentou-se a nulidade do lançamento, por falta de descrição clara da infração e dos fatos tributáveis; a improcedência do lançamento, ante a inocorrência de operação de mútuo, visto tratar-se a movimentação de valores de investimentos em interligadas ou fluxo de conta-corrente; que o uso da analogia para equiparação dessas operações como mútuo viola os arts. 108, § 1º e 110 do CTN; que, no caso, o contribuinte exerceria a função de *holding*, centralizando as despesas correntes de outras empresas do grupo econômico, algumas sem faturamento, para facilitar a movimentação de valores, com a assunção de obrigações que, futuramente, seriam convertidas em aumento de capital naquelas pessoas jurídicas; que um sistema de conta-corrente não pode ser equiparado a mútuo; que o STF reconheceu a repercussão geral da matéria, no RE 590.186-6/RS; e, que a multa de ofício (75%) é inconstitucional por constituir em nítido confisco, além de inaplicável, por não ter ocorrido qualquer embaraço ao procedimento fiscal.

A DRJ Ribeirão Preto/SP manteve o lançamento, em decisão assim ementada:

“MÚTUO. EMPRESAS COLIGADAS.

A lei não restringe o campo de incidência do IOF às operações de crédito consequentes de contratos celebrados com pessoas jurídicas financeiras.

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

O IOF previsto no art. 13 da Lei nº 9.779, de 1999, incide sobre as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros, independentemente da forma pela qual os recursos sejam entregues ou disponibilizados ao mutuário. Dessa forma, ocorre o fato gerador do imposto nas operações de crédito dessa natureza também quando realizadas por meio de conta corrente, sendo irrelevante ainda a relação de controle ou coligação entre as pessoas jurídicas envolvidas.”

O recurso voluntário defendeu a nulidade da decisão de primeiro grau, por omitir-se a respeito de relevantes argumentos apresentados em impugnação e, na sequência, replicou os argumentos lá deduzidos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Robson José Bayerl, Relator

O recurso voluntário preenche os requisitos de admissibilidade e deve ser conhecido.

Concernente à preliminar de nulidade argüida, após rever a decisão reclamada, não vislumbrei qualquer vício que a conspurcasse.

A reclamação, nesse ponto, alega que houve omissão quanto a uma “série de argumentos” em que buscava a nulidade do auto de infração, por inexistência de fato gerador,

sua inexigibilidade, equívoco na identificação do sujeito passivo e inconsistência na apuração da base de cálculo.

Ocorre que o voto condutor do aresto *a quo*, nesse ponto, assim se manifestou:

“Lendo-se o Relatório Fiscal não se percebe, no entanto, em qualquer das colocações do auditor, a apontada superficialidade mencionada pela defesa. O relato da auditoria é minucioso ao explicitar a motivação do auto de infração. O auditor menciona a conta investigada (Créditos com Pessoas Ligadas - Realizável a Longo Prazo), avalia as respostas às intimações da auditoria, expõe seu entendimento sobre a natureza dos recursos destinados às pessoas ligadas, diferencia os conceitos de mútuo e de adiantamentos para futuro aumento de capital, relaciona e transcreve a legislação aplicável, além de reproduzir jurisprudência atada ao tema. Além disso, as planilhas que acompanham o documento e integram o auto de infração discriminam as pessoas físicas e jurídicas consideradas mutuários e valores considerados na determinação do imposto devido.

Já adiantando a análise de outro item da impugnação, os valores lançados foram calculados a partir dos saldos credores diários das contas contábeis consideradas como representativas de mútuo, conforme consolidado na tabela de fl. 39 e detalhado às fls. 40/213. Assim, por um lado, conclui-se que não se sustenta a alegação de superficialidade do relatório fiscal por falta demonstração dos fatos geradores ou de indicação dos mutuários. Por outro, que também não faz sentido o argumento de que o auditor fiscal teria deixado de considerar a oscilação dos saldos das contas de créditos com pessoas ligadas. Como se vê na planilha 8 anexa ao relatório, a fiscalização, nos termos da legislação citada, fez incidir o IOF sobre os saldos devedores diários, ou seja, os eventuais movimentos financeiros a crédito automaticamente foram expurgados do cálculo.”

Ou seja, as questões foram adequadamente enfrentadas, não sendo o caso de declaração a nulidade da decisão.

No mais, os argumentos expendidos nesse tópico, sobre a impossibilidade de equiparar conta-corrente com mútuo, acabam por se confundir com o próprio *meritum causae*, e como tal será tratado.

Na mesma linha que o colegiado recorrido, também não verifico as falhas apontados pelo recorrente na autuação fiscal.

Em síntese, não há como acolher o requerimento preambular, porquanto o lançamento e a decisão sob vergasta são formalmente hígidos.

Respeitante à inocorrência dos fatos jurídicos ensejadores do IOF, necessário discorrer sobre dois institutos debatidos pela defesa, a saber, Adiantamentos para Futuros Aumentos de Capital – AFAC e a natureza jurídica do sistema de conta-corrente mantido entre pessoas jurídicas e físicas.

Nesse passo, relativamente aos Adiantamentos para Futuros Aumentos de Capital – AFAC, doravante AFACs, após pesquisa sobre o tema, constatei que esta figura, a despeito de conhecida e admitida na área contábil e fiscal, não possui tratamento legal específico, não existindo regulamentação em diploma de envergadura legal, mas apenas em atos opinativos e normativos da Secretaria da Receita Federal e Conselho Federal de Contabilidade – CFC.

Nesse sentido, no longínquo ano de 1975, a SRF editou o Parecer Normativo CST nº 133, de 03/11/1975 (DOU 24/11/1975), que, abordando a classificação de algumas contas do ativo e passivo, assim se manifestou sobre o tema:

“4.4. Lucro à Disposição da Assembléia

Tal conta representa o resultado do exercício sem destinação específica, aguardando decisão da assembléia geral da empresa, por isso que habitualmente contabilizada no passivo pendente. Entretanto, o capital de giro próprio é calculado com base no balanço do início do período-base (Decreto-lei nº 401/68, art. 19, § 1º; Decreto-lei nº 1.302/73, art. 3º, § 2º; e Decreto-lei nº 1.338/74, art. 15, § 1º) e, nessa época, tal valor é uma reserva livre da empresa, devendo ser considerada no Inexigível independentemente de qualquer decisão posterior da assembléia, conforme já definiu o Parecer Normativo CST nº 393, de 04 de agosto de 1971.

4.6. Saldo Credor de Sócio, Acionista ou Terceiro, Posteriormente Capitalizado

Já aqui se aplica o fundamento do subitem 4.4, embora diversa a conclusão, porquanto, na data do balanço, tal saldo poderia ser exigido pelo titular. Assim, é irrelevante a capitalização posterior deste valor, devendo o mesmo compor o Passivo Exigível no cálculo do capital de giro próprio da empresa.” (destacado)

Lastreado nesse parecer e objetivando esclarecer dúvidas relativas ao termo inicial de correção monetária, concernente a acréscimos a conta de capital, especialmente no que se refere a ingressos de recursos nas sociedades anônimas, representados por adiantamentos com finalidade específica para futuro aumento de capital social, a SRF expediu o Parecer Normativo CST nº 23, de 26/06/1981 (DOU 02/07/1981), fixando a seguinte orientação sobre os AFACs:

“4. Ocorrendo a eventualidade de adiantamentos para futuro aumento de capital, qualquer que seja a forma pelas quais os ingressos tenham sido recebidos - mesmo que sob

a condição para utilização exclusiva em aumento de capital -, esses ingressos deverão ser mantidos fora do patrimônio líquido, de conformidade com a legislação que rege a matéria e interpretação que decorre do subitem 4.6 do Parecer Normativo CST nº 133/75 (DOU de 24.11.1975) e Ato Declaratório (Normativo) CST nº 09/76 (DOU de 11.06.1976), por serem esses adiantamentos considerados obrigações para com terceiros, podendo ser exigidos pelos titulares enquanto o aumento de capital não se concretizar.”

Seguindo a cadeia de fundamentação, o Parecer Normativo CST nº 17/1984 (DOU 22/08/1984), em exame dos efeitos das disposições do art. 21 do Decreto-Lei nº 2.065/83 sobre os AFACs, dispôs que a inaplicabilidade desse dispositivo exigiria a observância de certas condições, *verbis*:

“Não é exigível a observância ao disposto no art. 21 do Decreto-Lei nº 2.065/83 à pessoa jurídica que fizer adiantamento de recursos financeiros, sem remuneração, para sociedade coligada, interligada ou controlada, desde que: 1) o adiantamento se destine, específica e irrevogavelmente, ao aumento do capital social da beneficiária, e 2) a capitalização se processe, obrigatoriamente, por ocasião da primeira AGE ou alteração contratual posterior ao adiantamento ou, no máximo, até 120 dias contados do encerramento do período-base da sociedade tomadora dos recursos.”

O art. 21 do Decreto-Lei nº 2.065/1983, por seu turno, ostentava a seguinte redação:

“Art. 21 - Nos negócios de mútuo contratados entre pessoas jurídicas coligadas, interligadas, controladoras e controladas, a mutuante deverá reconhecer, para efeito de determinar o lucro real, pelo menos o valor correspondente à correção monetária calculada segundo a variação do valor da ORTN.

Parágrafo único. Nos negócios de que trata este artigo não se aplica o disposto nos artigos 60 e 61 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.”

Averbe-se que o preceptivo já faz expressa referência a mútuo entre empresas do mesmo grupo econômico, nas disponibilizações de recursos recíprocas.

A título de curiosidade, a fixação do prazo de 120 (cento e vinte) dias estabelecido no mencionado Parecer CST 17/1984 obedeceu ao raciocínio que o futuro aumento de capital, para que se concretizasse, demandava um termo fixo, não sendo possível conferir à pessoa jurídica a opção pela sua realização, por sua livre conveniência, daí porque o marco razoável seria o primeiro ato formal da sociedade após o recebimento dos recursos, entretanto, o indigitado lapso temporal de 120 dias foi estipulado de modo discricionário, o que a meu sentir, não se compaginava com o caráter vinculado da atividade fiscal.

Por essa provável razão é que, em 1988, foi baixada a IN SRF 127 (DOU 09/09/1988), que eliminou referido prazo, mantendo os demais requisitos, nesses termos:

“1. Os adiantamentos de recursos financeiros, sem remuneração ou com remuneração inferior às taxas de mercado, feitos por uma pessoa jurídica à sociedade coligada, interligada ou controlada, não configuram operação de mútuo, sujeita à observância do disposto no art. 21 do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983, desde que:

a) entre a prestadora e a beneficiária haja comprometimento, contratual e irrevogável, de que tais recursos se destinem a futuro aumento de capital; e

b) o aumento de capital seja efetuado por ocasião da primeira Assembléia-Geral Extraordinária ou alteração contratual, conforme o caso, que se realizar após o ingresso dos recursos na sociedade tomadora.”

Já o Conselho Federal de Contabilidade se manifestou especificamente sobre o assunto em 2009, através da Resolução CFC nº 1.159, que aprovou o Comunicado Técnico CTG 2000 que aborda como os ajustes das novas práticas contábeis adotadas no Brasil trazidas pela Lei nº. 11.638/07 e MP nº. 449/08 devem ser tratados, dispondo em seus itens 68 e 69 da seguinte forma:

“Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (AFAC)

68. Esse grupo não foi tratado especificamente pelas alterações trazidas pela Lei nº. 11.638/07 e MP nº. 449/08; todavia, devem ser à luz do princípio da essência sobre a forma classificados no Patrimônio Líquido das entidades.

69. Os adiantamentos para futuros aumentos de capital realizados, sem que haja a possibilidade de sua devolução, devem ser registrados no Patrimônio Líquido, após a conta de capital social. Caso haja qualquer possibilidade de sua devolução, devem ser registrados no Passivo Não Circulante.”

Importante acentuar que os posicionamentos do CFC e da RFB são, até o presente momento, distintos, opondo a contabilidade geral à fiscal, uma vez que o PN CST 23/81, alhures transcrito, entende que os AFACs, cumpridas as exigências, devem ser mantidos fora do patrimônio líquido, ao fundamento que, por serem esses adiantamentos considerados obrigações para com terceiros, podem ser exigidos pelos titulares enquanto o aumento de capital não se concretizar, enquanto a Resolução CFC 1.159/09 orienta a sua inclusão no patrimônio líquido, tendo em vista o princípio da essência sobre a forma.

Mesmo diante da divergência, RFB e CFC concordam em um ponto: os adiantamentos de recursos, para que possam se qualificar como AFACs, devem possuir cláusula de irreversibilidade de devolução, sendo essa opção irretroatável.

Nesse passo, entendo eu que a destinação de verbas a pessoas jurídicas interdependentes, dada a necessidade de registro expresso desta irreversibilidade/irretratabilidade para caracterização da AFAC, deve ser precedido de instrumento contratual formal que preveja essa circunstância, seguida dos lançamentos apropriados que refletirão, na contabilidade dos interessados, a opção pela futuro aumento de capital.

Feitas essas considerações, passo a expor o meu entendimento sobre a questão, do ponto de vista da incidência do IOF sobre essas verbas transferidas e/ou disponibilizadas às interdependentes.

De longa data a legislação, ainda que não explicitamente, e a Administração Tributária, em seu papel interpretativo, já tratavam esses repasses financeiros como mútuo, como se extrai da redação do art. 21 do DL 2.065/1983, o que exigiu a manifestação da Receita Federal acerca de suas disposições, ao passo que a própria SRF, anteriormente, através do Parecer Normativo CST 23/83 (DOU 24/11/1983), havia destacado que *“os créditos, a qualquer título ou forma, verbal ou escrita, desde que colocados à disposição de empresas associadas, na forma disposta, caracterizam o mútuo a que aludiu o artigo transcrito acima (sic)”*.

Por esta razão, após perscrutar sua finalidade legal, é que a SRF inferiu, através do já citado PN CST 17/1984, que, nas hipóteses de transferências de recursos para interdependentes, com destinação contratualmente prevista de aumento de capital, deveriam representar exceção à regra do indigitado art. 21 do DL 2.065/1983, sendo esse o arrazoado apresentado:

“3. O caput do art. 21 do Decreto-Lei nº 2.065/83 dispõe, in verbis:

‘Art. 21. Nos negócios de mútuo contratados entre pessoas jurídicas, coligadas, interligadas, controladoras e controladas, a mutuante deverá reconhecer, para efeito de determinar o lucro real, pelo menos o valor correspondente à correção monetária calculada segundo a variação do valor da ORTN.’

3.1. O Parecer Normativo CST nº 23/83 (DOU 24.11.1983) expendeu entendimento de que os créditos, a qualquer título ou forma, verbal ou escrita, desde que colocados à disposição de empresas associadas, na forma disposta, caracterizam o mútuo a que aludiu o artigo transcrito acima.

3.2. Por sua vez, o Parecer Normativo CST nº 23/81 (DOU 02.07.1981), manifestando-se sobre o critério de classificação desses créditos pela beneficiária, entendeu, no item 4, que, mesmo no caso de destinação específica para aumento de capital, devem eles ser classificados fora do patrimônio líquido.

3.3. Já o Ato Declaratório Normativo CST nº 09/76 (DOU 11.06.1976) classificou como empréstimos ativos os adiantamentos de recursos, mesmo com a destinação irrevogável para aumento do capital da beneficiária.

4. A ‘exposição de motivos’ que encaminhou o Decreto-Lei nº 2.065/83, ao justificar o teor do art. 21, argumenta que esse dispositivo tem em mira evitar a distribuição disfarçada de lucros entre pessoas jurídicas associadas. Tal procedimento deveu-se aos favorecimentos recíprocos existentes entre empresas que, descaracterizando suas atividades próprias, distorciam seus resultados.

5. Embora os atos acima citados tenham considerado como empréstimos os repasses de recursos descritos no item 2, não restam dúvidas de que são complexas e demoradas as formalidades a serem operadas até a concretização do aumento de capital das sociedades.

6. Destarte, é de se admitir que não frustra o objetivo dos dispositivos legais vigentes o entendimento de que, nos casos onde haja a transferência de recursos para coligadas, interligadas ou controladas, sem remuneração ou com remuneração inferior à fixada em lei, com destinação contratualmente estipulada de forma irrevogável para aumento de capital, fique a investidora a salvo da obrigação prescrita no art. 21 do Decreto-Lei nº 2.065/83.” (destacado)

Então é de concluir que, originariamente, a transferência de recursos para pessoas jurídicas interligadas, coligadas ou controladas para aumento de capital, enquanto não concretizado esse ato, caracteriza mútuo, e essa inferência é respaldada tanto pelo art. 13 da Lei nº 9.779/99, como pelo Decreto nº 6.306/2007, como se observa cristalinamente do seu art. 7º, § 13, plenamente aplicável ao presente processo:

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

O mesmo ato opinativo, trazendo uma ressalva interpretativa à lei, expôs a necessidade de se atender certos requisitos para que as transferências de recursos pudessem ser caracterizadas como AFACs, sintetizadas na IN SRF 127/88 como i) a existência de comprometimento, contratual e irrevogável, de que tais recursos se destinem a futuro aumento de capital; e, ii) que o aumento de capital seja efetuado por ocasião da primeira Assembleia-Geral Extraordinária ou alteração contratual, conforme o caso, que se realizar após o ingresso dos recursos na sociedade tomadora.

A despeito da ausência de lei em sentido estrito, deve ser reconhecido que há **legislação** que alberga o tema, tomada a acepção do termo “legislação” na forma dos arts. 96 e 100, I do CTN, o que respaldaria a validade da IN SRF 127/88 ao assinalar os requisitos de validade do AFAC, para efeito de desqualificar-se como mútuo, sem que, com isso, haja qualquer afronta às disposições do art. 97 do mesmo diploma legal, uma vez que não há

instituição, extinção, majoração ou redução de tributos, fixação de alíquota ou base de cálculo, ou mesmo definição de fato gerador, mas tão-somente estipulação de obrigações acessórias.

Poder-se-ia questionar se o ato normativo em epígrafe não teria estabelecido, de forma enviesada, uma hipótese de exclusão de crédito tributário sem previsão em lei, todavia, essa tese em nada aproveitaria o recorrente e tampouco a vislumbro, porque o ato opinativo que originou a predita instrução normativa foi categórico em reconhecer a razoabilidade da medida e não aparenta representar ofensa ao texto legal, mas, a partir de uma interpretação teleológica de sua exposição de motivo, aclarar o seu alcance.

Em arremate, a exigência do compromisso formal e irretratável, além de prévio à liberação do crédito, acrescentaria eu, assenta-se na necessidade de caracterizar que ditos recursos são, na data da liberação, adiantamentos para futuros aumentos de capital, pois se a decisão de integralizar os recursos no patrimônio da interligada é superveniente, não se tem adiantamento e muito menos para futuro aumento, mas sim a opção contemporânea pela conversão em investimento de um crédito que, originariamente, já estava sendo utilizado pela beneficiária no exercício de suas atividades, o que, em minha concepção, configura mútuo entre pessoas jurídicas interdependentes.

Nesta senda, fixadas as diretrizes de direito, passo ao exame da situação vertente.

A situação ensejadora da caracterização de mútuo consiste, grosso modo, na assunção de obrigações fiscais e particulares, por parte da recorrente, em favor de empresas interligadas que não possuem recursos suficientes para fazer frente às despesas.

O recorrente sustenta que esses recursos foram convertidos em investimentos nas controladas/coligadas, mediante aumento de capital, ou circulação de valores em fluxo financeiro típico de conta-corrente, de forma que a fiscalização ao equiparar essas operações a mútuo o fizera sem respaldo legal, através do uso da analogia, o que violaria os arts. 108, § 1º e 110 do Código Tributário Nacional.

Como exposto ao longo do voto, quaisquer valores disponibilizados ou entregues a terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, configura operação de crédito e, por consequência, mútuo.

Logo, a assunção de dívidas de pessoas jurídicas interdependentes pela controladora/coligada qualifica-se, *a priori*, como mútuo.

Quanto à caracterização desse mútuo como Adiantamento para Futuros Aumentos de Capital – AFAC, como apregoa o recorrente, também já explanado, demanda a comprovação do preenchimento dos requisitos para seu enquadramento: compromisso formal prévio irretratável e a capitalização dos recursos por ocasião da primeira AGE ou alteração contratual posterior à liberação dos recursos.

No caso vertente, as operações não preencheram qualquer das condições especificadas, como bem destacou a fiscalização, em exame das mesmas circunstâncias:

“Acrescente-se ainda, que os recursos caracterizadores dos mútuos são cedidos inicialmente para outras pessoas jurídicas ligadas, na forma de cessão de crédito e, somente após esta operação, foram incorporados ao patrimônio de uma terceira pessoa jurídica ligada.

Ademais, conforme visto anteriormente o volume maior dos recursos repassados foi para o sócio pessoa física da BMP Participação, hipótese que não suporta a figura do AFAC levantada pela fiscalizada.”

Pelo exposto, não há como acolher o argumento de defesa que a assunção de dívidas, mesmo que posteriormente incorporadas como investimento no patrimônio líquido das interligadas, possa se caracterizar como Adiantamento para Futuros Aumentos de Capital – AFAC, consoante IN SRF 127/88 e na linha interpretativa até aqui apresentada.

Relativamente ao sistema de fluxo financeiro denominado conta-corrente, princípio por reproduzir o art. 13 da Lei nº 9.799/99:

“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.”

A regulamentação do tributo em tela foi promovida pelo Decreto nº 6.306/2007.

O debate sobre ser a conta-corrente uma espécie de mútuo já foi objeto de manifestação de minha lavra, no voto vencedor formalizado no Acórdão nº 3401-002.490, de 29/01/2014, oportunidade que averbei o seguinte:

“Na linha da decisão recorrida, perfilho a compreensão que a referência a ‘operações de crédito’ insculpida no art. 13 da Lei nº 9.779/99 deve ser interpretada em seu sentido amplo e não restrito, como defende o recorrente.

O sistema de conta corrente adotado pelo contribuinte enquadra-se na modalidade contábil, em contraposição à conta corrente bancária, que necessariamente deve envolver uma instituição financeira, porquanto estas são as duas espécies do gênero.

Neste sentido, a conta corrente contábil consubstancia operação onde duas ou mais pessoas convencionam efetuar remessas financeiras recíprocas, que são disponibilizadas mutuamente segundo a necessidade dos contratantes, o que exige, logicamente, um específico controle de entradas e

saídas de valores, uma vez que há necessidade de reposição das quantias utilizadas, mediante levantamento de balanço para se identificar os credores e os devedores das operações.

A lógica que norteia a conta corrente é que, em caso de encerramento, excluídas as despesas de manutenção e outros encargos acordados, os correntistas devem retirar quantia equivalente àquela com a qual ingressaram no sistema.

Por conseguinte, quando um dos correntistas utiliza valores disponibilizados em montante superior à sua contribuição para formação do saldo da conta corrente, a meu ver, há sim, nesta situação, verdadeira operação de crédito, que pode ser qualificada como mútuo, assim considerado o empréstimo de coisa fungível, tal como previsto no art. 586 do Código Civil, até porque, como o mútuo, na conta corrente há necessidade de restituição dos valores utilizados, ainda que tão somente por ocasião da liquidação daquela.

Portanto, nos termos do já referido art. 13 da Lei nº 9.779/99, nestas operações de crédito, correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas, há sujeição à incidência do IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras, razão porque não há qualquer reparo a ser feito no lançamento ou na decisão sob vergasta.

Outrossim, não procede o argumento que a Administração Tributária, por intermédio do Ato Declaratório nº 07/99, tenha desbordado de sua incumbência de normatizar a aplicação da legislação tributária ou mesmo redefinido fato gerador de tributo, em afronta ao art. 97, III do Código Tributário Nacional, como prega o recorrente, ao passo que simplesmente externou uma das interpretações possíveis do predito art. 13 da Lei nº 9.779/99, não havendo aí qualquer aberração jurídica.” (grifo no original)

Segundo o raciocínio então exteriorizado, se um dos pretensos correntistas disponibiliza créditos aos demais, que, por sua vez, utilizam-se desses recursos, inexoravelmente restará configurado mútuo, assim entendido, o empréstimo de coisa fungível, a teor do art. 586 do Código Civil, pouco importando que esses “correntistas” sejam pessoas físicas ou jurídicas, pertencentes ou não a um mesmo grupo econômico.

Cumprе anotar, por pertinente, que, sendo a existência de remessas recíprocas característica essencial do contrato de conta corrente, na hipótese de um dos ditos “correntistas” efetuar um saque em valor superior àquele correspondente ao seu aporte nesse fluxo financeiro interpatrimonial, necessariamente haverá um mútuo correspondente a essa diferença, ainda que haja futura compensação financeira ou mesmo a capitalização mediante aumento de capital, como investimento na empresa devedora.

Ou seja, mesmo que inexistia contrato formal, ou cláusula específica, e sem desconsideração do contrato de conta corrente, o saque superior ao depósito implica necessariamente em “empréstimo de coisa fungível” – mútuo –, sendo despiciente a tal desiderato o *nomen juris* que as partes envolvidas concertem em conferir-lhe.

Frise-se, o aspecto material da regra de incidência é “realizar operações de crédito”, seja pela colocação ou **disponibilização** de recursos à livre utilização do terceiro, o que, como dito, dispensa a existência de um ajuste formal, seja de mútuo ou conta corrente, para sua caracterização, como, aliás, deixa estreme de dúvida a previsão inserta no art. 7º, § 13 do Decreto nº 6.306/2007:

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

Como se verifica, a legislação de regência atribui a classificação de mútuo até mesmo às operações de créditos decorrentes de registros e lançamentos contábeis, sem classificação específica, que importem em entrega ou disponibilidade de recursos a terceiros.

Ainda sobre a distinção dos contratos de mútuo e conta corrente, faço referência ao voto condutor do Acórdão nº 3402-003.019, de 26/04/2016, *verbis*:

“Pois bem. Enquanto nos contratos de conta corrente (artigo 4º, §2º, b, da Lei n. 7.357/1985 – ‘Lei do Cheque’) as partes acordam efetuar remessas recíprocas de valores oriundos de quaisquer espécies de negócios jurídicos, com o que se objetiva a compensação entre créditos e débitos das partes, para, ao final do prazo contratual, verificar-se a existência de saldo exigível; na abertura de crédito – a qual pode ser paralela ao contrato de conta corrente –, a parte assume a responsabilidade por eventual saque da outra parte, até certo montante previamente pactuado, exatamente como ocorre no contrato em questão (omissis). Nesse sentido, e já alcançando o estudo sobre a natureza dessas espécies de contrato realizado pela doutrina nacional, destaco a lição de Caio Mario da Silva Pereira:

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 **abertura de crédito**, o banco compromete-se a acatar saques do devedor, até um montante estipulado como limite do crédito aberto, sujeitando-se o mutuário ao pagamento e uma comissão percentual calculada sobre aquele limite, além dos juros computados sobre o débito efetivo. (...) Levando em consideração a concepção tradicional do mútuo como contrato real, **a abertura de crédito é um contrato preliminar, promessa de mutuar, que se converte automaticamente em mútuo com o lançamento da quantia a crédito na conta do mutuário**

independentemente de tê-la sacado ou usado, bastando que fique ali à sua disposição. (...)

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. *(grifei)*

Com relação ao crédito rotativo, utilizado nos contratos entre a Recorrente e as demais empresas de seu grupo, a Professora Vera Helena de Melo Franco coloca que

São linhas de crédito abertas com um determinado limite e que são utilizadas pelas empresas na medida de suas necessidades, ou mediante a apresentação de garantias.”
(destaques no original)

Acerca da incidência do IOF nessas hipóteses, no mesmo sentido até aqui defendido, há elucidativa manifestação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, através da Solução de Consulta Cosit nº 50, de 26/02/2015:

“(…)

8 O Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o IOF, disciplina, em seu art. 3º, § 3º, III, que a expressão ‘operações de crédito’ compreende, dentre outras, as operações de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física.

9 Na realidade esse dispositivo tem como fundamento legal o art. 13 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, que estendeu a incidência do imposto sobre o mútuo de recursos financeiros às operações dessa natureza envolvendo qualquer pessoa jurídica, ainda que não financeira:

(…)

10 Em relação à nova hipótese de incidência estabelecida pelo dispositivo acima, o art. 1º do Ato Declaratório SRF nº 30, de 24 de março de 1999, frisou que ‘o IOF previsto no art. 13 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, incide somente sobre operações de mútuo que tenham por objeto recursos em dinheiro, disponibilizados sob qualquer forma, e quando o mutuante for pessoa jurídica’. Vê-se que, nos termos da legislação regente, para a incidência do IOF sobre as operações de mútuo de que trata o comando legal mencionado, importa apenas a entrega ou disponibilização do recurso financeiro pela pessoa jurídica mutuante, pouco importando a forma pela qual ela se dê.

11 Mútuo é espécie do gênero empréstimo. Nos termos do art. 586 do Código Civil de 2002 (CC), no mútuo, uma parte cede a outra coisa fungível, tendo a outra parte a obrigação de restituir igual quantidade de bens do mesmo gênero e qualidade.

12 Paralelamente, a consulente menciona o mecanismo denominado de conta corrente, que teria como objetivo viabilizar um 'fluxo financeiro bidirecional' entre ela e suas controladas. Essa sistemática estabelecida entre duas pessoas jurídicas é comumente utilizada para registrar a movimentação de recursos financeiros que transitam reciprocamente entre os dois patrimônios. Por esse instrumento de registro de débitos e créditos recíprocos, os recursos eventualmente disponibilizados por uma das partes podem perfeitamente ser restituídos pela outra também em recursos da mesma espécie.

13 Depreende-se que a sistemática de conta corrente de forma alguma se mostra como algo incompatível com uma operação de mútuo, tendo o condão de descaracterizá-la por si só. Aliás, pelo contrário. Essa sistemática se amolda com perfeição ao fim de instrumentalizar operações de mútuo financeiro haja vista a facilidade que representa (principalmente quando envolvidas pessoas vinculadas), no que tange ao empréstimo do recurso, por uma das partes, e a posterior restituição, pela outra parte, por intermédio da mera sistemática de débitos e créditos em conta corrente.

14 Importante notar que a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) de certa forma já possui disciplina acerca da incidência do IOF sobre operações de mútuo realizadas por meio de conta corrente. O art. 7º da Instrução Normativa RFB nº 907, de 9 de janeiro de 2009, além de reiterar que a incidência do imposto prevista no art. 13 da Lei nº 9.779, de 1999, independe da forma pela qual os recursos financeiros são disponibilizados, regulamenta a determinação da base de cálculo, nas hipóteses de operações de mútuo realizadas por intermédio de conta corrente, nos casos em que o valor da operação seja ou não previamente definido:

(...)

15 Claro está que, para fins da incidência do IOF instituída pelo art. 13 da Lei nº 9.779, de 1999, deve-se verificar tão somente se estão presentes, no caso concreto, as características essenciais do mútuo, sendo irrelevantes aspectos formais mediante os quais a operação se materializa, bem como a natureza de vinculação entre as

partes. Dessa forma, uma vez identificados os atributos inerentes a essa espécie de empréstimo (art. 586 do CC), a operação deve sujeitar-se a incidência do imposto, independentemente de o crédito estar sendo entregue ou disponibilizado por meio de conta corrente ou por qualquer outra forma.

(...)” (destacado)

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma toada, também já teve oportunidade de se debruçar sobre a matéria, no REsp nº 1.239.101-RJ, assim ementado:

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

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

2. Recurso especial não provido.”

Merece destaque a seguinte passagem do voto do Min. Mauro Campbell, relator:

“O recurso não merece prosperar.

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. Veja-se:

Lei nº 9.779/99

Art. 13. Omissis

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.

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.” (destaques no original)

Em síntese, segundo a leitura que faço das disposições legais, o IOF incide sobre uma ampla gama de operações creditícias, desde que haja entrega ou colocação de quaisquer valores à disposição de terceiros para sua livre utilização, independentemente do título jurídico que se atribua a esse contrato, seja ele verbal ou escrito, prescindindo, inclusive,

de sua existência, podendo ocorrer entre pessoas físicas ou jurídicas, qualificando-se, ainda, como tal, registros ou lançamentos contábeis, mesmo sem classificação específica, que, pela sua natureza, importem colocação ou entrega de recursos à disposição de terceiros.

Como já descrito, as operações ora questionadas envolvem a assunção de obrigações diversas pela recorrente, em favor de outras pessoas jurídicas pertencentes ao grupo econômico.

Forçoso concluir, então, que ditas operações caracterizam-se como mútuo, pouco importando que se verifique em um sistema de conta-corrente, ao passo que a liquidação de dívidas de uma pessoa jurídica por outra, em homenagem ao princípio da entidade (autonomia patrimonial), deve corresponder, como contrapartida, na contabilidade da beneficiária, ao registro de uma dívida a ser saldada.

Como no caso dos autos, segundo o recorrente, não havia liquidação dessas contas a receber, mas a conversão em aumento de capital, que, todavia, foi desconsiderado como AFAC, resta apenas a existência do mútuo.

Essa conclusão, distintamente do que prega o recorrente, não deflui de uso de analogia, em afronta aos já mencionados arts. 108, § 1º e 110 do CTN, mas da legislação específica alhures citada, mormente o art. 13 da Lei nº 9.779/99 e Decreto nº 6.306./2007.

Antes que se possa questionar a legalidade/constitucionalidade do referido decreto, pontuo que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF não detém atribuição para se manifestar sobre a inconstitucionalidade de normas válidas e vigentes, *ex vi* do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) *dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

b) *súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

c) *pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)” (destacado)*

O dispositivo em tela foi replicado no art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria nº 343/2015:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e

e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento

dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)”

Este entendimento está pacificado e consolidado no contencioso administrativo desde há muito, por meio da Súmula CARF nº 2: “*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária*”.

Outrossim, a menção no preceptivo regimental às decisões proferidas sob o rito da repercussão geral não aproveita ao recorrente, haja vista que o RE 590.186-6/RS, a despeito do reconhecimento da repercussão geral, pende de decisão de mérito.

Aproveitando o ensejo, uma vez que o arrazoadado imediatamente anterior é plenamente aplicável ao próximo ponto controvertido, friso que não é possível aos julgadores administrativos examinar a constitucionalidade da multa de ofício aplicada, no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), porquanto se respalda no art. 44, I da Lei nº 9.430/96.

Quanto à necessidade de se acusar o contribuinte da prática de conduta grave a justificar a inflição da multa, destaco que o percentual aplicado representa o patamar ordinário, que não exige um especial modo de agir, incidindo na espécie as disposições do art. 136 do CTN.

A prática de conduta gravosa ou, melhor dizendo, fraudulenta, enseja a aplicação da multa “qualificada”, cujo percentual passa a ser de 150% (cento e cinquenta por cento), essa, sim, exige a comprovação da conduta desvirtuosa do contribuinte, não sendo, porém, o caso dos autos.

Com estas considerações, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Robson José Bayerl