MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10980.726938/2011-81

Processo nº	10980.726938/2011-81
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	**3401-010.529 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	15 de dezembro de 2021
Recorrente	ALL AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA S.A.
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006

IOF. ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL (AFAC). CONTA CORRENTE. GESTÃO DE CAIXA. INOCORRÊNCIA DE MÚTUO EM SENTIDO ESTRITO. ANALOGIA. VEDAÇÃO.

Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada, a analogia, que não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei, inteligência desinente do § 1º do art. 108 e do art. 110 do Código Tributário Nacional.

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

Ano-calendário: 2006

IOF. ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL - AFAC CARACTERIZADO. CAUSA DO NEGÓCIO JURÍDICO. NÃO INCIDÊNCIA.

Os adiantamentos para futuro aumento de capital social (AFAC) não se configuram como mútuo, não estando, portanto, sujeitos à incidência do IOF. A ausência de formalização de compromisso de permanência das verbas na companhia investida não desnatura os aportes a serem potencial ou efetivamente incorporados ao capital social da beneficiária.

IOF. CONTRATO DE CONTA CORRENTE. MÚTUO. GESTÃO DE CAIXA ÚNICO (“CASH POOLING”). MATERIALIDADES DIVERSAS. NÃO INCIDÊNCIA.

O contrato de conta corrente é instrumento hábil para operacionalizar a gestão de caixa único ("cash pooling") no âmbito de um grupo econômico, não havendo que se confundir as transferências dele decorrentes com aquelas relacionadas a contratos de mútuo abrangidas pela hipótese de incidência do IOF. Os recursos financeiros que circulam entre as contas das empresas do grupo e, em especial, a gestão de recursos por meio de contracorrente, não necessariamente constituem a materialidade do imposto sobre operações de crédito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por força do art. 19-E da lei 10.522/02, em dar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Luís Felipe de Barros Reche, Gustavo Garcia Dias dos Santos e Ronaldo Souza Dias. O conselheiro Gustavo Garcia Dias dos Santos acompanhou o relator pelas conclusões. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

(documento assinado digitalmente)

Ronaldo Souza Dias – Relator/Presidente

(documento assinado digitalmente)

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco – Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luís Felipe de Barros Reche, Gustavo Garcia Dias dos Santos, Fernanda Vieira Kotzias, Carolina Machado Freire Martins, Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (Vice-Presidente), Ronaldo Souza Dias (Presidente). Ausente, momentaneamente, o conselheiro Oswaldo Gonçalves de Castro Neto. Ausente o conselheiro Mauricio Pompeo da Silva.

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário** (fls. 608 e ss) interposto contra decisão exarada pela 1ª Turma da DRJ/CTA, mediante Acórdão nº 06-38.028 de 13/09/12 (fls. 584 e ss), que considerou improcedente a Impugnação (fls. 465 e ss) interposta contra Auto de Infração (fls. 451 e ss), que constituiu crédito tributário decorrente da falta de recolhimento de IOF sobre mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas.

I - Do Auto de Infração e Da Impugnação

O relatório da decisão de 1ª instância descreve bem o contencioso até então, por esta razão é aqui reproduzido:

> **O auto de infração de fls. 451/455, exige da contribuinte já identificada, imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários – IOF, da ordem de R$ 520.648,33, acrescido de multa de ofício à razão de 75% e juros de mora, totalizando o crédito de R$ 1.205.198,55, haja vista a falta de cobrança e recolhimento do imposto sobre operações de repasse de recursos em dinheiro, concedido por pessoa jurídica não financeira a outras pessoas jurídicas, caracterizadas como operações de mútuo**.

Documento nato-digital

2. Os valores autuados foram apurados a partir dos registros contábeis disponibilizados onde restou comprovado que no ano calendário de 2006, apresentaram saldos devedores as seguintes contas:

1180305 – Mútuo receber Portofer (Portofer Transporte Ferroviário Ltda, CNPJ 03.835.338/000151);

1250105 – Mútuo ALL do Brasil (ALL – América Latina Logística Malha Sul, CNPJ 01.258.944/000126);

1250201 – Mútuo Overseas (ALL – América Latina Logística Overseas Ltda, Bahamas);

1250204 – Mútuo ALL Intermodal (ALL – América Latina Logística Intermodal S.A., CNPJ 03.172.874/000114);

1250206 – Mútuo Tecnología (ALL – América Latina Logística Tecnología Ltda., CNPJ 03.370.922/000189);

1250207 – Mútuo Amari Participações S.A. (Amari Participações S.A.);

1250210 – Mútuo Caianda Participações S.A. (CNPJ 04.038.763/000182);

1250212 Mútuo ALL do Brasil S.A. (ALL – América Latina Logística Malha Sul, CNPJ 01.258.944/000126);

1250215 – Mútuo Santa Fé Vagões S.A. (CNPJ 06.186.839/000142);

1250302 – Mútuo Argentina (ALL – América Latina Logística Mesopotâmia S.A./Argentina);

1250307 – Mútuo LOGPAR (Logispar Logística e Participações, CNPJ 03.469.006/000109);

1250308 – Mútuo Ferropar (Ferropar – Ferrovia Paraná S.A, CNPJ 01.649.139/000123).

3. No Termo de Encerramento da Ação Fiscal de fls. 456460, **a autoridade fiscal afirma que a presença de saldos devedores nestas contas demonstra que o fluxo financeiro indo da holding para as suas controladas é maior que a fluxo inverso e, como a diferença entre esses fluxos corresponde a créditos daquela (mutuante) em favor destas (mutuarias), fica ela sujeita à tributação do IOF, conforme previsto na legislação de regência.**

4. **Além das contas já mencionadas, outras também apresentaram saldo devedor, igualmente sujeito à tributação pelo IOF, em que pese algumas serem contas de subgrupo do Passivo de Longo Prazo, sob a titulação geral de "CTS A PGR PARTES RELACIONADAS" e outras denominadas de AFAC** (adiantamento para futuro aumento de capital). São elas:

2140203 – Mútuo ALL Intermodal Ltda. (ALL – América Latina Logística Intermodal S.A., CNPJ 03.172.874/000114);

2221606 – Mútuo ALL do Brasil S.A LP(ALL – América Latina Logística Malha Sul, CNPJ 01.258.944/000126);

2221605 – AFAC LP 1220502 – AFAC A REALIZAR

5. Assim, o cálculo do tributo ocorreu de acordo com o comando legal vigente à época dos fatos, o Decreto nº 4.494, de 03/12/2002, artigo 7º, I, "a", 1, conforme expresso nas

Documento nato-digital

planilhas que acompanham o lançamento e das quais transcrevem-se aquelas referentes aos somatórios mensais dos saldos devedores diários e do cálculo do IOF:

(...)

6. **Cientificado da autuação, apresentou em 30/01/2012, impugnação ao feito (fls. 465497), onde alega em preliminar ter ocorrido a decadência parcial em relação aos fatos ocorridos de janeiro a novembro de 2006**, haja vista o IOF se submeter ao lançamento por homologação. Transcreve doutrina e jurisprudência sobre o assunto.

7. Na seqüência alega que a autuação é improcedente porquanto por se tratar de uma holding a ora impugnante congrega inúmeras empresas controladas e coligadas, sendo grande parte delas decorrentes de concessão de serviços públicos e que, por obrigação legal, devem ser constituídas juridicamente como sociedades de propósito específico– SPE. Assim, **na gestão de seus recursos financeiros, quando necessário, realiza com as empresas controladas e coligadas, remessa e retorno de transferências financeiras, efetua pagamentos de fornecedores, salários, impostos, encargos sociais, e etc., sempre no intuito de racionalizar os recursos já tão escassos**.

8. Ou seja**, não faz sentido para a holding e suas controladas buscar recursos financeiros junto às instituições bancárias se eles se encontram dentro de casa**. A utilização de um caixa único ou a gestão racionalizada dos recursos faz com que uma empresa do grupo possa socorrer a outra que esteja em dificuldade econômica momentânea e isso, sem que reste caracterizado mútuo. Percebase que nos casos em que a ora impugnante efetuou realmente contrato de mútuo, o imposto foi devidamente recolhido como no caso da Ferropar.

9. **Sobre as AFAC não há incidência de IOF, pois possuem natureza distinta e nem elas podem ser descaracterizadas por um critério meramente temporal**.

10. Prossegue transcrevendo o dispositivo constitucional que prevê o IOF e desenvolve todo um arrazoado apoiado em doutrina e jurisprudência a fim de defender que não incide IOF sobre operações entre pessoas jurídicas de um mesmo grupo econômico, que não estejam inseridas no contexto das instituições financeiras. Alega que a Lei nº 9.779, de 1999 extrapola o que foi definido pela Constituição Federal e o Código Tributário Nacional para a incidência do IOF e, por haver alterado o fato gerador do tributo, promoveu um ilegal e inconstitucional alargamento da hipótese de incidência do mesmo. Sustenta seus argumentos em vasta doutrina e jurisprudência.

11. Defende que não incide IOF sobre as AFAC, por inexistência de previsão legal. Afirma que o mero critério temporal entre as transferências de recursos e a incorporação ao capital da investida não resulta em indício de desvio de finalidade e, a suposta devolução dos recursos ocorrida, é resultante de mero erro contábil. E complementa que as AFAC não se confundem com mútuos pois possuem natureza distinta.

12. Relativamente à conta 1180305 – Portfer, afirma que a transferência de recursos que houve teve como propósito o pagamento de despesas diversas e não mútuo.

13. Sobre a conta 1250201 – Overseas a operação registrada no dia 31/05/2006, no importe de R$ 654.750,00 correspondem às AFAC cujas capitalizações ocorreram em 07/06/2006, por meio da Ata de Reunião do Conselho de Administração, já entregue à fiscalização, no valor de US$ 150.000,00 e Ata da Reunião do Conselho de Administração de 18/05/2006, no montante de US$ 300.000,00, portanto não sujeitas ao IOF.

14. Quanto às contas 1250204 e 2140203 – Intermodal, diz que as transferências foram para o pagamento de despesas diversas, não se tratando de mútuo. A conta 1250206 – Tecnologia, recebeu recursos para o pagamento de salários de funcionários, conforme comprovam os históricos do razão contábil, o que também não caracteriza mútuo.

Documento nato-digital

15. A conta da Amari – 1250207, apresentou saldo devedor em 2006 por erro nos registros contábeis. Informa que os valores se referem a despesas de importação, não reembolsadas pela Amari e, em razão da inadimplência foram baixados em 2007.

16. Os valores lançados na conta da Caianda 1250210, são AFAC e foram contabilizados conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária de 05/09/2006, que afirma ter juntado à peça de defesa.

17. Com relação às contas 1250212 e 2221606, ambas pertencentes à ALL Brasil (atual Malha Sul), diz que existem duas contas, sendo uma no Ativa e outra no Passivo, sendo necessário fazer a compensação entre os registros para verificar a existência ou não de saldo devedor a ensejar uma suposta incidência do IOF, o que por si só, implica na nulidade do lançamento. Além disso, por se tratar de uma empresa controlada, as transferências ocorridas, serviram para o pagamento de despesas diversas, não estando sujeitas ao IOF.

18. Sobre a conta 1250215, da empresa Santa Fé, defende que também não houve nenhum mútuo e que ocorreram adiantamentos para o pagamento de fornecedores, prestadores de serviços, salários e etc.

19. O próximo item analisado, engloba as contas 1250302 da Argentina, 1250307 da Logispar e a conta 1250502 denominada AFAC a realizar. Para estas contas afirma que se referem a transferências de recursos ocorridas entre a empresa Logispar Logística e Participações S.A com a ALL Argentina e, por reflexo, também com a empresa Boswells, no montante de R$ 3.256.174,00. Ocorre que, por meio da Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 29/09/2006, a Logispar foi incorporada pela ora impugnante e tais transferências de recursos foram efetuadas com o intuito de capitalização. Mais tarde, em 31/12/2006 o saldo da conta 1250302 Argentina foi lançado contra a conta de Provisão para Perdas, conforme registro no razão, haja vista ter havido perda no investimento (fl.238240).

20. Parte do saldo da conta 1250502, AFAC a realizar, decorrente da operação efetuada com a empresa Boswells foi devolvida (R$ 3.256.174,00), conforme prova o razão da conta do Banco Itaú S.A. (fl.249).

21. Assim, em 31/12/2006, remanesceu na conta AFAC a realizar, um saldo de R$ 25.844.198,93 (fl.249), não havendo que se falar em incidência de IOF.

22. Afirma que os lançamentos constantes da conta 1250308 da Ferropar se referem a mútuos efetuados nos anos de 2004 e 2005, cujo IOF foi antecipadamente recolhido. Os registros teria sido mantidos no ano de 2006 porque a mutuante não adimpliu com a obrigação contraída e, em 31/12/2006, tais valores teriam sido contabilizados a título de perdas. Sugere ter instruído a peça de defesa com os documentos relativos à ação judicial visando a cobrança dos valores. Assim, entende que tendo havido o recolhimento antecipado do IOF descabe a cobrança sobre valores levados à conta de perdas.

23. Por último, sobre a conta 2221605, AFAC LP diz tratar-se de conta do Passivo onde são lançados valores decorrentes de Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital, cujo saldo permaneceu credor durante todo o ano de 2006 e que, por ter ficado com saldo devedor apenas um dia a autoridade fiscal entendeu ter ocorrido o fato gerador do imposto. Afirma que o lançamento é abusivo, haja vista ter ocorrido erro de lançamento contábil, decorrente de uma capitalização não contemplada até aquela data, Stock Options. Sugere que os documentos que anexa demonstram ser infundada a exigência.

24. Reclama da impossibilidade de exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, taxando o de ilegal. Transcreve jurisprudência administrativa.

Documento nato-digital

25. Ao final, pede que o reconhecimento da decadência e, no mérito, a improcedência do auto de infração ou, na hipótese de ser mantida a exigência, que sejam excluídos os juros sobre a multa de ofício, haja vista sua ilegalidade. E mais, caso se entenda que as provas apresentadas não são suficientes, pede provar o alegado por todos os meios de prova, bem como se oferece a prestar esclarecimentos e juntar documentos, cujas diligência estão sendo efetuadas junto aos seus fornecedores.

26. Juntou os documentos de fls. 498580.

II – Da Decisão de Primeira Instância

O colegiado de 1º grau não acolheu as preliminares e **julgou procedente o lançamento**, tendo como principais itens de fundamentação os citados abaixo:

(…)

30. Aplicado ao caso sob exame, verificase que foi imputado ao contribuinte falta de pagamento do tributo no período lançado, tendo a fiscalização relatado a inexistência de qualquer recolhimento no período lançado.

31. Sendo assim, o prazo decadencial conforme entendimento fixado no Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008, deve ser contado de acordo com o art. 173, I, do CTN, iniciandose no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ocorrer o lançamento.

32. Conseqüentemente, na medida em que os fatos geradores aconteceram a partir do mês de janeiro de 2006, o lançamento poderia ter sido realizado a partir de 01/01/2007. Sendo assim, o lançamento do crédito tributário correspondente poderia ser feito até 31/12/2011. Na medida em que a ciência da autuação deuse em 30/12/2011, não havia decorrido o prazo disponível para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

33. Assim, afasta-se a preliminar de decadência.

(…)

35. Pois bem, no que se refere às hipóteses de nulidade dos atos processuais, entre os quais se incluem o auto de infração, estas estão previstas no art. 59, com seus incisos, do Decreto nº 70.235, de 1972. A análise desse artigo permite inferir que o inciso I se refere ao caso em que a lavratura tenha sido feita por pessoa incompetente, o que não ocorreu na situação presente, sendo que em referência ao inciso II, também não se vislumbra inobservância, pois não há qualquer possibilidade de preterição do direito de defesa, uma vez que a autoridade fiscal cumpriu todos os preceitos da legislação em vigor, fazendo constar a perfeita descrição do fato e os dispositivos legais infringidos, obedecendo ao art. 10 do mesmo diploma legal, conforme se verifica nos autos.

(…)

37. Quanto a exigência em si, todos os argumentos do sujeito passivo giraram em torno da ilegalidade e da inconstitucionalidade da exigência de IOF sobre operações de mútuo por ele realizadas.

38. Em vista disso é necessário esclarecer que o administrador é um mero executor de leis, não lhe cabendo questionar a legalidade ou constitucionalidade de comandos normativos. A análise de teses contra a legalidade ou a constitucionalidade de normas é privativa do Poder Judiciário, conforme competência conferida constitucionalmente.

Nesse sentido súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Documento nato-digital

(…)

46. Cabe salientar, também, que, de acordo com o estabelecido na CF, no CTN e na lei referida, para a incidência do IOF importa apenas a ocorrência da operação de crédito, ou seja, a entrega ou a disponibilização deste crédito (sua concessão). Não há qualquer condição quanto à natureza jurídica do ente que concedeu o empréstimo, nem de quem o recebeu. Portanto, não cabe qualquer tratamento especial ante o fato de que as empresas constituam ou não um grupo econômico, como pretende a defesa.

47. Nesse sentido, nos limites da autorização constitucional e do fixado no CTN, a Lei nº 9779, de 1999, em seu art. 13, estabeleceu, de forma expressa, que os mútuos de recursos financeiros realizados entre pessoas jurídicas, como no presente caso, sujeitam-se à incidência do IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras:

(…)

51. Ressalte-se que as operações de crédito correspondentes a mútuos de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, tem como característica a liberalidade, constitui de fato um repasse de recursos financeiros disponíveis entre pessoas jurídicas, quase sempre pertencentes ao mesmo grupo econômico, mediante contrato de mútuo pactuado entre as partes.

52. Assim, se estas operações não se revestem de intuito especulativo ou não constituem atividade econômica geradora de ônus ou ganhos para as partes envolvidas, são aspectos irrelevantes para definir o campo de incidência do IOF. É, portanto, equivocada a afirmação da impugnante de que o IOF seria um consectário do Imposto de Renda, haja vista que os tributos possuem fatos geradores distintos e o próprio CTN, em sua sistematização, deixa clara a distinção entre impostos sobre o patrimônio e a renda, e impostos sobre a produção e a circulação.

53. Desse modo, à luz do que disciplina o art. 13 da Lei nº. 9.779, de 1999, não há como os recursos disponibilizados pela empresa ALL América Latina Logística S.A. sob a forma de mútuo, com empresas do mesmo grupo, não financeiras se caracterizam como operações de crédito, em sentido amplo, e estão incluídas na incidência do IOF.

54. Desta forma em que pesem as manifestações doutrinárias transcritas na peça de defesa, não vislumbro qualquer tendência de a legislação brasileira adotar a tese defendida pelo interessado de que operações dentro de um mesmo grupo econômico não estarem sujeitas ao IOF. O que restou muito claro, à vista dos dispositivos que regem a matéria é que, não importa o fato de as empresas terem ou não algum tipo de relacionamento ou ligação, a pessoa jurídica que conceder o crédito é responsável pela cobrança e recolhimento do IOF. Portanto, à vista de todo o exposto, voto por julgar procedente a exigência consignada no auto de infração que ora se analisa.

Das explicações sobre os valores repassados às coligadas e controladas.

55. Com relação às transferências realizadas em favor das empresas do grupo, a interessada limita-se a afirmar que as importâncias adiantadas às referidas coligadas e controladas não poderiam ser tributadas como operações de mútuo, uma vez que se tratam de adiantamentos para o pagamento de despesas rotineiras como salários, fornecedores, despesas de importação e outros, a fim de que aquelas não precisassem recorrem às instituições financeiras.

56. Pois bem, as informações colhidas no curso da ação fiscal autorizam concluir que a Interessada mantinha um conta corrente com cada uma das referidas empresas, através do qual efetuava adiantamentos para fins de pagamento de despesas. O mecanismo de conta corrente mantido entre pessoas jurídicas, pelo qual uma disponibiliza à outra recursos financeiros que deverão ser restituídos à primeira ao cabo de prazo

Documento nato-digital

determinado ou indeterminado, configura operação de mútuo, sobre ela incidindo o IOF, sendo irrelevante para fins tributários que tal operação esteja prevista em contrato denominado "de gestão de recursos financeiros" que qualifique as obrigações nele fixadas como meros adiantamentos de recursos.

57. Importante repetir o que dispõe o Parecer Normativo CST n° 23, de 1983 acerca da exteriorização dos mútuos:

(…)

58. A única conta sobre a qual se debruçou com mais afinco foi aquela mantida com a Ferropar. Afirma que os lançamentos constantes da conta 1250308 da Ferropar se referem a mútuos efetuados nos anos de 2004 e 2005, cujo IOF foi antecipadamente recolhido. Os registros teriam sido mantidos no ano de 2006 porque a mutuante não adimpliu com a obrigação contraída e, em 31/12/2006, tais valores teriam sido contabilizados a título de perdas. Sugere ter instruído a peça de defesa com os documentos relativos à ação judicial visando a cobrança dos valores. Assim, entende que tendo havido o recolhimento antecipado do IOF descabe a cobrança sobre valores levados à conta de perdas.

59. Os documentos de fls. 516532 correspondem a oito contratos de mútuo firmados com a empresa em questão, no período entre 27/09/2004 a 25/02/2005, e para os quais foi apresentada a tela de fl. 534 que corresponderia ao recolhimento do IOF devido, uma vez que os mútuos foram celebrados com valor e prazo certos. Ocorre que, como a própria impugnante alega, a mutuaria não teria adimplido com a obrigação o que teria obrigado a mutuante a recorrer ao judiciário.

60. Ocorre que mesmo a soma de todos aqueles contratos não justifica os valores que estão sendo questionados pelo fisco. Conforme menciona a impugnante às fls. 537, na ação de habilitação de seus créditos, o empréstimo teria sido no montante de R$3.694.531,29 enquanto que o saldo médio mensal para o mês de janeiro de 2006 é de R$140.540.328,84. Desta forma entendo não ter sido afastada a exigência.

61. Assim, não importa a que propósito os repasses foram realizados, sua característica é de mútuo e, à vista de tais circunstâncias, reputo correta a cobrança do IOF com base nas regras do crédito rotativo.

(…)

62. Por fim, o próximo item a ser analisado, engloba as contas 1250302 da Argentina, 1250307 da Logispar e a conta 1250502 denominada AFAC a realizar.

Para estas contas afirma que se referem a transferências de recursos ocorridas entre a empresa Logispar Logística e Participações S.A com a ALL Argentina e, por reflexo, também com a empresa Boswells, no montante de R$ 3.256.174,00. Ocorre que, por meio da Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 29/09/2006, a Logispar foi incorporada pela ora impugnante e tais transferências de recursos foram efetuadas com o intuito de capitalização.

Mais tarde, em 31/12/2006 o saldo da conta 1250302 Argentina foi lançado contra a conta de Provisão para Perdas, conforme registro no razão, haja vista ter havido perda no investimento (fl.238240).

Parte do saldo da conta 1250502, AFAC a realizar, decorrente da operação efetuada com a empresa Boswells foi devolvida (R$ 3.256.174,00), conforme prova o razão da conta do Banco Itaú S.A. (fl.249). Assim, em 31/12/2006, remanesceu na conta AFAC a realizar, um saldo de R$ 25.844.198,93 (fl.249), não havendo que se falar em incidência de IOF.

Documento nato-digital

(…)

65. Analisando o assunto, temos que caracterizar a natureza jurídica das operações de adiantamento para futuro aumento de capital AFAC.

66. Esta operação consiste em capital financeiro posto à disposição de outra sociedade, destinado a aumento de seu capital social. Podese distinguir dois momentos distintos na transação: o do repasse dos recursos e o da efetivação do aumento de capital, que é um evento futuro e incerto.

67. A Lei das Sociedades Anônimas (S.A) determina que o aumento de capital poderá ser efetuado pela correção da expressão monetária do seu valor; mediante capitalização de lucros ou de reservas; ou ainda, através da subscrição de ações.

68. No ato da subscrição de ações, o acionista assume a obrigação de levar a efeito contribuições em dinheiro, ou em qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação em dinheiro.

69. Rubens Requião, em sua obra "Curso de Direito Comercial", São Paulo, Editora Saraiva, 24ª Ed., 2000, págs. 134/135, assim discorre:

(…)

70. Existem, portanto, duas obrigações: no primeiro momento, o sujeito que adiantou os recursos é credor de uma dada quantia em dinheiro, enquanto no momento em que ocorre a operação do aumento de capital, o sujeito que era credor contrai uma obrigação através da subscrição de ações.

71. Por ocasião da efetivação do aumento de capital, surge, então, uma nova relação, que é a obrigação do subscritor de integralizar o valor correspondente às ações adquiridas.

72. Nesta transação, o sujeito ativo da obrigação comprometese a colocar à disposição do devedor uma dada quantia em dinheiro, para que faça uso dela até o momento em que ocorrer o aumento de capital, quando deverá ser restituída mediante a compensação da dívida assumida no ato da subscrição das ações.

73. O que ocorre, na realidade, é a compensação, segundo a qual se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguemse, até onde se compensarem.

74. Logo, o Adiantamento para Futuro Aumento de Capital tem nitidamente a natureza jurídica de mútuo, pois não se trata de troca de dinheiro por ações, mas sim de uma operação em que ocorre a extinção do mútuo assumido através da compensação. O adiantamento enquadrase perfeitamente no conceito de mútuo tal como definido no art. 586 do Código Civil, pois aquele que recebe os recursos é obrigado a restituir o que dele recebeu, devolvendo o dinheiro recebido mediante a quitação da obrigação de integralizar o valor correspondente às ações adquiridas pelo credor.

75. De mais a mais, para corroborar ainda mais a natureza jurídica de mútuo do adiantamento, cumpre observar que, na hipótese do aumento de capital não se concretizar, subsiste pura e simplesmente a obrigação de restituir os recursos adiantados.

76. O adiantamento de recursos para aumento de capital, é um empréstimo, e que assim será até que haja deliberação dos sócios para que este "empréstimo" seja capitalizado e, assim, passe a ser tratado como um aumento do capital.

Documento nato-digital

77. Os atos abaixo transcritos, mencionados no Auto de Infração, demonstram que o entendimento da Secretaria da Receita Federal é o de que o AFAC tem a natureza jurídica de mútuo.

(…)

79. Voltando ao caso sob análise temos que o sujeito passivo numa tentativa de afastar a exigência juntou uma série de atas de reunião para aumento de seu capital, todas realizadas no ano de 2006. Ocorre que tais documentos não se prestam a comprovar o que se questiona nos autos. As AFAC que foram autuadas se referem a valores que a impugnante repassou às coligadas com o fim específico de um futuro aumento de capital daquelas, ou seja, ela fez um aporte de numerário em favor das empresas ligadas para que, futuramente, elas aumentassem seu capital social. Assim, qualquer documento que comprove o aumento do capital da impugnante de nada serve para descaracterizar a autuação.

80. Assim, ante o exposto, no presente caso, ficou patente que os valores aportados a título de AFAC em verdade são mútuos, devendo se manter integralmente a exigência.

81. Salientese que embora contestado, na data do lançamento, não houve incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. Há no Auto de Infração, no entanto, a observação de que o montante discriminado será recalculado na data do efetivo pagamento, de acordo com a legislação aplicável.

82. A multa de ofício, apesar de não ter natureza de tributo, faz parte do crédito tributário, conforme se conclui da leitura dos seguintes dispositivos do Código Tributário Nacional:

(…)

85. Assim, existe previsão legal para a incidência de juros moratórios sobre a multa aplicada, haja vista esta compor o crédito tributário.

86. Observe-se, ainda, que por se tratar de questão recentemente surgida no âmbito do julgamento administrativo, o Poder Judiciário pouco se manifestou a respeito. Não obstante, no momento em que o fez, fêlo no sentido de legitimar a incidência dos juros sobre a totalidade do crédito tributário, aí incluída a multa de ofício, conforme se verifica na decisão abaixo, proferida pelo TRF da 3ª Região:

(…)

87. Ainda protesta a impugnante pela produção de todas as provas em direito admitidas.

88. Ocorre que o art. 16, § 4º, do Decreto 70.235/72, estabelece que as provas documentais devem ser apresentadas por ocasião da impugnação. Caso as provas não sejam apresentadas nessa ocasião, essa faculdade processual fica preclusa. As únicas exceções admitidas ocorrem nos casos em que o contribuinte demonstra, irrefutavelmente, a impossibilidade de apresentação das provas por ocasião da impugnação, por motivo de força maior, ou por se referir a fato ou a direito superveniente, ou ainda se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

(…)

III – Do Recurso Voluntário

A contribuinte, devidamente cientificada, recorreu da decisão de primeiro grau, recuperando razões expedidas quando de sua impugnação, alegando em resumo que:

Documento nato-digital

(...)

2.4 - Em face de tal disposição legal, decorridos cinco anos desde o "fato gerador", considera-se efetivado o lançamento por homologação e opera-se a extinção do crédito tributário, excluída, ante o teor do art. 149, parágrafo único, do CTN, qualquer possibilidade de revisão.

2.5 - Assim, a afirmação dos Ilustres Julgadores não deve prevalecer, posto que a suposta **inexistência de pagamento não altera o termo inicial da contagem do prazo decadencial, sendo obrigatória a aplicação do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, uma vez que se trata de tributo sujeito ao lançamento por homologação, conforme ementas a seguir transcritas**:

(...)

2.12 - Ademais, diferentemente do afirmado pelos Nobres Julgadores, **a Recorrente promoveu o pagamento do IOF que *entendeu devido,* como foi o caso dos mútuos contratados com a Ferropar, cujo imposto foi pago antecipadamente, conforme comprovantes anexados à impugnação** relativos às operações demonstradas na planilha abaixo:

(...)

3.6 - É claro que essas operações, lançadas em conta corrente intra grupo econômico, não se tratam de operações de crédito ou mútuo financeiro, porquanto não existe a intenção da se auferir qualquer vantagem financeira, pois o benefício para uma empresa seria anulado pelo prejuízo causado em outra, o que, no resultado global do grupo, não teria qualquer efeito.

(...)

3.11 - Dentro dessa concepção, faz-se necessário demonstrar a **inconstitucionalidade da exigência de IOF nas operações entre empresas do mesmo grupo econômico, haja vista não se tratarem de operações financeiras vinculadas ao mercado financeiro** e controladas pelo Banco Central e cuja incidência de IOF não decorreu de regulamentação advinda de lei complementar.

3.12 - Porém, antes de adentrar na questão da inconstitucionalidade relativa á imposição dessa exação, faz-se necessário demonstrar que, contrariamente ao afirmado na decisão ora combatida, é possível a análise de constitucionalidade de lei por parte dos tribunais administrativos.

(...)

3.48 - Verifica-se, portanto, que o artigo 13 da Lei ordinária n° 9.779/99 extrapola o que fora instituído pela Constituição Federal de 1988 e polo Código Tributário Nacional para a incidência de IOF sobre as operações de mútuo realizadas com empresas do mesmo grupo societário, pois, como visto, referida exação só é devida nas operações de crédito realizadas por instituições financeiras e seguradoras, nos termos do disposto pelo art. 1° da Lei n° 5.143/66. art. 63. inciso I. da Lei n° 5.172/66. ambas recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 como Lei Complementar.

(...)

3.56 - Diante do exposto, resta inequívoco que a Lei ordinária n° 9.779/99, em seu artigo 13. incorreu em flagrante violação à Constituição Federal, notadamente aos seus artigos 146, inciso III, alínea "a" e 153. inciso V, por ter, de forma totalmente indevida, ampliado a hipótese de incidência do IOF, de modo a abarcar as operações de mútuo realizadas entre pessoas jurídicas do mesmo grupo societário. Assim, impõe-se, primeiramente o sobrestamento do presente recurso neste CARF até que ultimada a

Documento nato-digital

repercussão geral no STF sobre o tema, para depois então reconhecer a improcedência do Auto de Infração ora combatido, ante a inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança do IOF em questão.

(...)

3.57 - Como visto nos itens anteriores, a Recorrente efetua a transferência de recursos financeiros entre as empresas do seu Grupo de forma a viabilizar a continuidade dos negócios sem a captação no mercado financeiro, por ser absolutamente desnecessário, haja vista existirem recursos "dentro de casa". Foi o caso das operações ocorridas nas contas a seguir relacionadas.

(...)

Da não incidência do **IOF sobre operações de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (AFAC)**

3.66 - Sobre esta questão tem-se, primeiramente, que os Nobres Julgadores de primeira instância entenderam que os recursos financeiros transferidos para futuro aumento de Capital Social, são operações de mútuo e como tal deveriam ser submetidos a tributação do IOF.

3.67 - No entanto não assiste razão a autoridade julgadora. As operações de AFAC objetivam ampliar a participação que uma empresa dispõe sobre aquela em que promoveu o aporte de recursos, não podendo ser confundidas com operações de crédito.

(...)

CONTA 1250308-FERROPAR

3.91 - **Os lançamentos efetuados na conta corrente com a empresa Ferropar se referem a contratos de mútuo firmados em 2004 e 2005 cujo IOF foi recolhido antecipadamente (contratos de mútuo e relação de DARFs pagos), considerando-se a data de vencimento dos contratos, conforme demonstrado na planilha abaixo e documentos anexos (doc. 04 e 05 da impugnação)**:

(...)

4.0-DA IMPOSSIBILIDADE DE **EXIGÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO**

4.1 - Conforme afirmado na decisão, no momento do lançamento não foram calculados juros SELIC sobre a multa. Porém, sabe-se que após o vencimento a sistemática adotada pela Receita Federal é de aplicação dos referidos juros sobre a multa.

(...)

5.0 - **Do PEDIDO**

5.1 - **Pelo exposto, requer** a Recorrente dignem-se Vossas Senhorias acolher o presente recurso e dar-lhe provimento, para o fim de **julgar improcedente o lançamento** consubstanciado no Auto de Infração em questão, haja vista que as operações de AFAC e as de transferências financeiras entre empresas do mesmo grupo econômico não estão abrangidas pela incidência do IOF.

5.2. - **Requer,** ademais, não sendo o entendimento de Vossas Senhorias, **que o presente recurso seja sobrestado até o ulterior julgamento no Supremo Tribunal Federal** da Repercussão Geral sobre a incidência ou não do IOF sobre operações de mútuo entre pessoas jurídicas não financeiras.

Documento nato-digital

> 5.3 - Não sendo este o entendimento, o que se considera apenas por força de argumentação e devido ao princípio da eventualidade, **requer,** dignem-se V.Sas, **reconhecer a extinção parcial do crédito** tributário objeto do Auto de Infração ora combatido, nos termos do artigo 156, inciso V, do Código Tributário Nacional, ante a **decadência** do direito da Delegacia da Receita Federal do Brasil ao respectivo lançamento, haja vista ter sido efetuado depois de decorridos mais de 5 (cinco) anos do fato gerador, não sendo mais exigível a contribuição previdenciária relativa às competências de janeiro a novembro de 2006, nem seus acréscimos.
>
> *5.4* - Por fim, se entenderem os ínclitos Julgadores Tributários que a prova ofertada não é suficiente à comprovação do alegado, protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, bem como a prestação de esclarecimentos que se fizerem necessários. Protesta-se. ainda, pela realização de *SUSTENTAÇÃO ORAL* quando do julgamento do feito perante o Colegiado.

Voto Vencido

Conselheiro Ronaldo Souza Dias, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade; assim, dele conheço.

I – Preliminar de Decadência

A recorrente alega que "*a suposta inexistência de pagamento não altera o termo inicial da contagem do prazo decadencial, sendo obrigatória a aplicação do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, uma vez que se trata de tributo sujeito ao lançamento por homologação*", porém, em 18 de agosto de 2008, o Ministro da Fazenda aprovou o Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008, que estabeleceu orientação a ser observada em relação à decadência, inclusive pelo CARF. De referido Parecer extrai-se parte de suas conclusões, *in verbis*:

> d) para fins de cômputo do prazo de decadência, **não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. 173, inc. I do CTN**, pouco importando se houve ou não declaração, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
>
> e) para fins de cômputo do prazo de decadência, tendo havido pagamento antecipado, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN;
>
> f) para fins de cômputo do prazo de decadência, todas as vezes que comprovadas as hipóteses de dolo, fraude e simulação deve-se aplicar o modelo do inciso I, do art. 173, do CTN; (*gn*)

Assim, não decaiu o direito de a Administração constituir o crédito tributário para quaisquer dos fatos geradores considerados no AI. Por exemplo, na hipótese do fato gerador mais antigo, ocorrido em 31/01/06, inicia-se a contagem do prazo decadencial em 01/01/07, encerrando-se em 31/12/11, tendo ocorrido a ciência do auto de infração em 30/12/11, restaria comprovada a perfeita obediência ao prazo de 5 anos do Código, mesmo para o lançamento relativo ao fato gerador mais antigo.

Documento nato-digital

A Recorrente alegou que pagou quando entendeu devido, como foi o caso do mútuo com a Ferropar, no entanto, não veio a prova deste fato. A contribuinte junta uma relação de DARF (não cópia dos próprios DARF) - que não comprova a arrecadação - relativo a outro período, e sem qualquer vinculação com os valores autuados. Neste sentido, alinha-se com o acórdão recorrido, quando analisa o ponto:

> 59. Os documentos de fls. 516/532 correspondem a oito contratos de mútuo firmados com a empresa em questão, no período entre 27/09/2004 a 25/02/2005, e para os quais foi apresentada a tela de fl. 534 que corresponderia ao recolhimento do IOF devido, uma vez que os mútuos foram celebrados com valor e prazo certos. Ocorre que, como a própria impugnante alega, a mutuária não teria adimplido com a obrigação o que teria obrigado a mutuante a recorrer ao judiciário.
>
> 60. Ocorre que mesmo a soma de todos aqueles contratos não justifica os valores que estão sendo questionados pelo fisco. Conforme menciona a impugnante às fls. 537, na ação de habilitação de seus créditos, o empréstimo teria sido no montante de R$3.694.531,29 enquanto que o saldo médio mensal para o mês de janeiro de 2006 é de R$140.540.328,84. Desta forma entendo não ter sido afastada a exigência.

Por tais razões, entende-se que não ocorreu decadência em relação a quaisquer dos fatos geradores.

II – Mérito

No mérito a recorrente requer a improcedência do lançamento, "*haja vista que as operações de AFAC e as de transferências financeiras entre empresas do mesmo grupo econômico* ***não estão abrangidas pela incidência do IOF***".

A base legal para o lançamento, que constituiu crédito de IOF, teve por escopo os parágrafos 1º, 2º e 3º, do art. 13, da Lei nº 9.779/99, que abaixo se reproduz:

> 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.

As regras acima expressamente promovem equiparação entre pessoas jurídicas (não financeiras) e instituições financeiras, em relação a mútuos, para fins de incidência do IOF. Observa-se que subsumem-se às hipóteses legais os fatos descritos – e *mesmo assumidos pelo recorrente* – no auto de infração e "Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal" (fl. 456), pois, basicamente ocorreram **mútuos entre pessoas jurídicas** (vide lista à fl. 457 e 458), embora com a particularidade de que entre estas há vínculos formando grupos econômicos, porém, a lei não excepciona tais casos.

Documento nato-digital

Por outro lado, a recorrente alega se tratar de inconstitucional a tributação, pelo IOF, de transações entre pessoas jurídicas de mesmo grupo econômico, entendendo ser "possível a análise de constitucionalidade de lei por parte dos tribunais administrativos" (vide abaixo itens do RV):

> *3.11* - Dentro dessa concepção, faz-se necessário demonstrar a inconstitucionalidade da exigência de IOF nas operações entre empresas do mesmo grupo econômico, haja vista não se tratarem de operações financeiras vinculadas ao mercado financeiro e controladas pelo Banco Central e cuja incidência de IOF não decorreu de regulamentação advinda de lei complementar.
>
> *3.12* - Porém, antes de adentrar na questão da inconstitucionalidade relativa á imposição dessa exação, faz-se necessário demonstrar que, contrariamente ao afirmado na decisão ora combatida, é possível a análise de constitucionalidade de lei por parte dos tribunais administrativos.

Na verdade, análise de inconstitucionalidade de lei não está ao alcance deste tribunal, matéria objeto de súmula no CARF:

> **Súmula CARF nº 2**
>
> O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Assim, as alegações de inconstitucionalidade não serão conhecidas.

A **forma** em que se concretiza o mútuo, seja mediante contrato ou mediante "conta-corrente"; ou o **propósito**, seja para aumento de capital ou para qualquer outra finalidade; são completamente irrelevantes para aplicação das regras do art. 13 da Lei nº. 9.779, acima citado, pois não há no dispositivo qualquer discriminação neste sentido.

Destaque-se ainda que o denominado "*Adiantamento para Futuro Aumento de Capital*" tem a natureza de mútuo, conforme argumentado no acórdão recorrido, cujos fundamentos no ponto se acolhe:

> 74. Logo, **o Adiantamento para Futuro Aumento de Capital tem nitidamente a natureza jurídica de mútuo, pois não se trata de troca de dinheiro por ações, mas sim de uma operação em que ocorre a extinção do mútuo assumido através da compensação**. O adiantamento enquadra-se perfeitamente no conceito de mútuo tal como definido no art. 586 do Código Civil, pois aquele que recebe os recursos é obrigado a restituir o que dele recebeu, devolvendo o dinheiro recebido mediante a quitação da obrigação de integralizar o valor correspondente às ações adquiridas pelo credor.
>
> 75. De mais a mais, para corroborar ainda mais a natureza jurídica de mútuo do adiantamento, cumpre observar que, na hipótese do aumento de capital não se concretizar, subsiste pura e simplesmente a obrigação de restituir os recursos adiantados.
>
> 76. O adiantamento de recursos para aumento de capital, é um empréstimo, e que assim será até que haja deliberação dos sócios para que este "empréstimo" seja capitalizado e, assim, passe a ser tratado como um aumento do capital.
>
> 77. Os atos abaixo transcritos, mencionados no Auto de Infração, demonstram que o entendimento da Secretaria da Receita Federal é o de que o AFAC tem a natureza jurídica de mútuo. (...)

Documento nato-digital

Observe-se, apenas para citar um ato normativo, o ADN CST nº 09/76:

> **Ato Declaratório (Normativo) CST n° 9/76**
>
> DECLARA, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal e demais interessados, que são considerados empréstimos ativos, inclusive no que diz respeito a seus reajustamentos, **os adiantamentos de recursos feitos por uma pessoa jurídica para futuro aumento de capital de outra**, mesmo que entre a prestadora e a beneficiária haja o comprometimento, contratual e irrevogável, de que tais recursos sejam transformados em participação de capital.

Portanto, mantém-se o IOF constituído.

III - Juros sobre a Multa de Ofício

Registre-se que os tais juros sobre a multa de ofício não fazem parte do lançamento, no qual consta indicação de juros de mora apenas sobre o valor principal. Portanto não constituem matéria litigiosa, haja visto que somente se cogita de sua incidência após o vencimento.

Ad argumentandum tantum, o artigo 61 da Lei n° 9.430, de 27 de dezembro de 1996, estabelece a incidência de juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do artigo 5º (juros equivalente à taxa referencial do Selic) sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal:

> *Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º. Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subseqüente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.*

O artigo 43 do mesmo diploma legal estabelece que sobre o crédito de multa ou juros de mora, isolada ou conjuntamente, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora a que se refere o § 3º do artigo 5º, a partir do primeiro dia do mês subseqüente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento:

> *Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.*
>
> *Parágrafo único.* ***Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora****, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.* (gn)

Documento nato-digital

Nesta linha de entendimento, configura-se regular a incidência dos juros de mora sobre o crédito constituído, inclusive sobre a multa de ofício (ou se fosse o caso sobre a multa de mora), a partir de seu vencimento.

Por outro lado, o artigo 161 do CTN preceitua que o crédito tributário não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora. Assim, não há dúvidas de que, sobre o valor da multa de ofício proporcional ao imposto exigido, valor de multa este que compõe o crédito tributário, incidem juros a partir do vencimento.

> *Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

Assim, tendo em conta que a multa de ofício é débito para com a União, decorrente de tributos e contribuições administrados pela RFB, configura-se regular a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício a partir de seu vencimento, matéria, aliás, já pacificada neste tribunal administrativo fiscal mediante **súmula**:

> **Súmula CARF nº 108**
>
> **Aprovada pelo Pleno em 03/09/2018**
>
> Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.(**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

IV - Prova Suplementar

Finalmente, a Recorrente pede, "*se entenderem os ínclitos Julgadores Tributários, que a prova ofertada não é suficiente à comprovação do alegado, protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, bem como a prestação de esclarecimentos que se fizerem necessários. Protesta-se, ainda, pela realização de SUSTENTAÇÃO ORAL quando do julgamento do feito perante o Colegiado*".

Entende-se, porém, que a prova ofertada é suficiente para o deslinde da questão, sendo desnecessário esclarecimentos adicionais. Quanto à sustentação oral é direito de o contribuinte exercê-lo.

Do exposto, **VOTO** por conhecer, rejeitar a preliminar de decadência e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ronaldo Souza Dias

Voto Vencedor

Documento nato-digital

Conselheiro Leonardo Ogassawara de Araújo Branco - Redator designado.

1. Com as vênias de estilo, em que pese o como de costume bem fundado voto do Conselheiro Relator Ronaldo Souza dias, apresento o seguinte voto vencedor, ousando dele discordar, nos termos como nos manifestamos em sessão pública de julgamento disponível neste link.

2. Narra a fiscalização que, a despeito dos valores correspondentes estarem registrados como Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (AFAC), na escrita contábil, não se vislumbrou instrumento de comprometimento no sentido de que "*(...) ditos repasses seriam destinados exclusivamente a futuros aumentos de capital, tampouco foi observado prazo de integralização de 120 (cento e vinte) dias, a contar do encerramento do exercício social, o que conferiria a roupagem de mútuo a estas operações, com incidência do IOF*".

3. Neste sentido, o Parecer Normativo CST nº 133/1975, externou entendimento no sentido de que o saldo credor de sócio ou acionista deve compor o passivo exigível no cálculo do capital da giro próprio da empresa, sendo de todo irrelevante que, em momento posterior, venha ele a ser capitalizado. Em momento seguinte, o Parecer Normativo CST nº 23/1981 fixou a orientação de que os adiantamentos para futuro aumento de capital, ainda que condicionados à utilização exclusiva em aumento de capital, deveriam ser mantidos fora do patrimônio líquido, uma vez que merecem tratamento de obrigações com terceiros, passíveis de serem exigidos pelos titulares enquanto não efetivamente concretizado o aumento. Cabe observar, para além do sentido da reconstrução do quadro de referências administrativo, de caráter regulamentar-opinativo, que, no ano de 1983 o art. 21 do Decreto-Lei nº 2.065/1983 dispôs que, para efeito da determinação do lucro real, nos mútuos entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, a mutuante deveria reconhecer "*pelo menos*" o valor correspondente à variação monetária. A interpretação insculpida pela Administração, em conformidade com o Parecer Normativo CST nº 17/1984, foi no sentido da inaplicabilidade da previsão de trânsito em conta de resultado da norma de estatura legal no caso específico de AFAC, desde que: **(i)** o adiantamento se destinasse "*específica e irrevogavelmente, ao aumento do capital*", e **(ii)** a capitalização se processasse "*(...) 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*", prazo este posteriormente extirpado com a edição da Instrução Normativa SRF nº 127/1988, que manteve os demais requisitos.

4. O tratamento contábil dispensado aos adiantamentos de tal jaez é a classificação em conta de investimento (ANC) para aquele que efetua o AFAC e, para a investida, objeto de apreciação no presente caso, denota-se, da leitura da Resolução CFC nº 1.159/2009, o registro: **(i)** no patrimônio líquido na investida, após a conta de capital social, na hipótese de **não** haver possibilidade de devolução; ou **(ii)** no passivo não circulante, se houver "*(...) qualquer possibilidade de sua devolução*". Neste sentido, precisa e irreprochável a análise do Conselheiro Robson José Bayerl que já reproduzimos em outras oportunidades, ao constatar que:

Documento nato-digital

"*(...)* ***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 (...). Entretanto, mesmo que exista divergência (...),* ***ambos concordam em um ponto****:* ***os adiantamentos*** *de recursos, para que possam se qualificar como AFACs,* ***devem atender a absoluta condição de permanência****, o que se traduz na* ***cláusula de irreverssibilidade de devolução****,* ***com opção irretratável***" - (seleção e grifos nossos).

5. Observe-se, em sede de *excursus*, que o sentido de expurgar o AFAC do patrimônio líquido, que se depreende do Parecer Normativo nº 23/1981, teria uma discussão de fundo tributário, uma vez que o entendimento diverso, representado pela Resolução CFC nº 1.159/2009, implicaria a dedutibilidade da correção monetária do adiantamento, discussão esta que veio a perder sua principal celeuma com a edição do Decreto nº 332/1991, cuja alínea 'f' do inciso I do art. 4º tornou obrigatória a correção de contas credoras e devedoras respeitantes a AFAC, situação esta que perdurou até o advento do Plano Real, contexto a partir do qual foi concebida a Lei nº 9.249/1995, que extinguiu a correção monetária do balanço.

6. Assim, feita esta observação, o Relator passou a expressar entendimento consentâneo com o Parecer Normativo CST nº 17/1984 no sentido de que as destinações contratualmente estipuladas, em caráter irrevogável, de aumento de capital representariam exceção à obrigação da investidora prevista no preceptivo normativo do art. 21 do Decreto-Lei nº 1.065/1983. Tal seria, portanto, o principal marco miliário para a distinção jurídica entre o AFAC e o mútuo, uma vez que colocar recursos à disposição de terceiros sem condição de permanência e de irreversibilidade redundaria, sob tal perspectiva, em uma operação de crédito. Diz-se principal porque a condição de capitalização, decorrente de tais recursos adiantados, logo na primeira AGE ou na primeira alteração contratual subsequente, sobreviveu à Instrução Normativa SRF nº 127/1988.

7. Em outras palavras, da perspectiva da interpretação infralegal, repita-se, de caráter **meramente regulamentar e opinativo** (condição que tais instrumentos não perdem mesmo ao serem chamados de normas complementares de leis pelo inciso I do art. 100 ou de "legislação tributária" pelo art. 96, ambos do Código Tributário Nacional), o ingresso dos recursos deve se prestar ao aumento do capital logo na **primeira oportunidade possível** e, entre o momento de sua percepção pela investida e o da efetiva capitalização, não devem estar suscetíveis ao arrependimento e consequente reversibilidade ou devolução.

Documento nato-digital

8. Acresce o relator que o adiantamento exigiria compromisso formal e prévio à liberação do crédito, pois a disponibilização de recursos à investida seguida de decisão superveniente de integralização não configuraria adiantamento, mas mútuo seguido de capitalização.

9. Fixadas as premissas de direito, ao se descer à apreciação das provas, é possível verificar que a contribuinte efetivamente registrou os valores em referência em conta de adiantamentos e empréstimos, na subconta "*adiantamento para AFAC*", em conformidade com o extrato do Livro Razão, e que a capitalização ocorreu em diversas AGEs, em que se decidiu pelo aumento do capital social e consequente emissão proporcional de novas ações, o que torna incontroverso o registro contábil de tais recursos como AFAC. Entendeu o Relator, no entanto, que, em que pese tal constatação, não fora satisfeito o desígnio da Instrução Normativa SRF nº 127/1988 no sentido de que o aumento de capital seja efetuado por ocasião da primeira Assembléia-Geral Extraordinária ou alteração contratual subsequente ao ingresso dos valores na sociedade tomadora, ponto a partir do qual passamos a dissentir.

10. Cabe pontuar, em primeiro lugar, que o quadro normativo construído pelo Relator pertine a questões voltadas ao imposto sobre a renda. Em outras palavras, o Parecer Normativo CST nº 17/1984 foi editado para efeito da determinação do lucro real e, ainda que constitua um norte valioso ao aplicador por se voltar ao tratamento do mútuo, necessário se faz tomar, como ponto de partida para a decisão acerca da incidência ou não do imposto sobre operações financeiras, a legislação que lhe é peculiar. Evidentemente, é rica a construção em torno desta especialíssima figura do direito privado prevista pelo art. 586 do Código Civil para fins de determinação do montante correspondente à renda, a começar pelos limites da dedutibilidade dos juros passivos em condições usuais de mercado, conforme disciplinado pelo Parecer Normativo CST nº 138/1975, havendo, para tanto, a exigência de contrato, juros que não excedam a taxa legal e que os recursos sejam empregados na própria atividade principal da mutuária. Nem por isso seria possível se cogitar que o não preenchimento de tais requisitos caracterizadores da condição de despesa dedutível implicariam a incidência ou não incidência de outro tributo, pois diferentes os âmbitos de aplicação de cada sistema normativo. Assim, necessário se faz a análise da específica legislação definidora da imposição sobre operações de mútuo:

> **Código Tributário Nacional - Art. 63.** *O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador: I - quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado.*
>
> (...) **Art. 64.** A base de cálculo do imposto é: I - quanto às operações de crédito, o montante da obrigação, compreendendo o principal e os juros.

Documento nato-digital

Decreto nº 6.306/2007 (RIOF) - Art. 2º *O IOF incide sobre:*

*I - **operações de crédito realizadas**:*

a) por instituições financeiras;

b) por empresas que exercem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring);

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

II - operações de câmbio;

III - operações de seguro realizadas por seguradoras;

IV - operações relativas a títulos ou valores mobiliários;

V - operações com ouro, ativo financeiro, ou instrumento cambial.

11. Cabe, ainda, trazer à análise a legislação civil pertinente ao instituto do mútuo:

a) **Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) - Art. 586.** *O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.*

b) **Art. 587.** *Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.*

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

d) **Art. 592.** *Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será: I. Até a próxima colheita, se o mútuo for*

Documento nato-digital

> *de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para semeadura; II. De trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro; III. Do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.*

12. De fato, o art. 591, diferente do quanto alegado pela recorrente, não obriga ou condiciona tal figura à cobrança de juros, mas unicamente o presume no caso de se tratar de negócio jurídico celebrado com fins econômicos, limitando, ainda, a sua cobrança à taxa legal. Tampouco a ausência de prazo o desnatura, pois, em complemento à regra dos incisos do art. 592, o § 14 do art. 7º do Decreto nº 6.306/2007 prevê expressamente a operação de crédito contratada por prazo indeterminado. Por outro lado, em um esforço de análise estratigráfica da legislação, aponta-se que a previsão da possibilidade do aumento futuro de capital tem tímida previsão no inciso I do art. 84 da Lei nº 6.404/1976 (LSA), já tendo sido a figura do adiantamento identificada por parte da doutrina como aquela descrita pelo inciso II do art. 170 da lei societária, em que pese a discussão acima contextualizada.

13. A distinção mais notável entre os institutos residiria no compromisso das partes com a **finalidade** da transferência/entrega de coisa fungível: **(i)** no caso do mútuo, a futura restituição de coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, e **(ii)** no caso do AFAC, o futuro emprego dos recursos no aumento de capital. Em um caso, restitui-se, e, no outro, capitaliza-se. Enquanto a natureza do mútuo se investiga a partir do art. 586 da codificação civil, o AFAC mantém estreito diálogo com o art. 1.081 da lei civil e com o art. 166 da LSA, que preveem a possibilidade do aumento do capital. Partindo deste pressuposto, é possível se investigar a definição de sua natureza pela finalidade dada à coisa fungível entregue pelos investidores à investida, e um não se confunde com o outro para fins tributários. O primeiro é fato gerador do IO/Crédito; o segundo não se coaduna com a materialidade de tal exação, o que não é algo novo à jurisprudência administrativa, conforme se depreende do quanto decidido pelo Acórdão nº 201-80.220, proferido em sessão de 25/04/2007 pela extinta 1º Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, nos seguintes termos:

> *Assunto: Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF - Período de apuração: 31/01/2000 a 31/12/2003*
>
> *Ementa: (...) ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL.*
> ***Por falta de amparo legal, não procede o lançamento de IOF incidente sobre adiantamento para futuro aumento de capital**.*
>
> *Recurso de oficio negado.*

14. Em igual sentido, a distinção que fizemos logo acima entre o mútuo e o AFAC restou sedimentada, apenas com outras palavras, no acórdão proferido em 19/05/2005 no

Documento nato-digital

curso do Processo Administrativo nº 10768.001867/92-83 pela extinta 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

> "*Da lapidar definição posta no art. 1.256 do Código Civil revogado, reproduzida no art. 586 do Código Civil de 2002, se extrai que o mútuo é o contrato pelo qual alguém transfere a propriedade da coisa fungível a outrem, que se obriga a lhe restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.*
>
> *Sendo-lhe transferido o domínio da coisa emprestada, pode o mutuário dar-lhe o destino que lhe aprouver, inclusive consumi-la, obrigando-se, no entanto, a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, pois a obrigação de restituição é da essência e da estrutura do contrato de mútuo.*
>
> *Enquanto que, nos negócios jurídicos de adiantamento para aumento de capital, os recursos recebidos pela empresa de seus acionistas ou quotistas somente podem ser utilizados para este fim, não comportando restituição*" - (seleção e grifos nossos).

15. Traçadas tais premissas, há, ainda, de se assentir para o fato de que o próprio Poder Judiciário vem dispensando, inclusive, o contrato escrito de AFAC para o seu reconhecimento, uma vez que a sua contabilização como tal e sua posterior utilização no aumento de capital da empresa será mais do que suficiente para comprová-lo, não havendo, na legislação societária, prazo para ocorrer a assembleia convocada para o fim específico de aumento de capital:

> *EMENTA: TRIBUTÁRIO. ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL - AFAC. INCABIMENTO DA INCIDÊNCIA DO IOF – IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS.*
>
> *I. Trata-se de remessa oficial e apelação de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para anular parcialmente os créditos tributários constituídos no processo administrativo-fiscal nº 10510.003371/2006-41, considerando a não incidência do IOF sobre a parte de valores repassados como adiantamento para futuro aumento de capital – AFAC.*
>
> *II. O AFAC - adiantamento para futuro aumento de capital corresponde a valores recebidos pela empresa de seus acionistas ou quotistas destinados a serem utilizados como*

Documento nato-digital

> *futuro aporte de capital. Na hipótese, a autora informou ter realizado em favor de suas empresas coligadas o adiantamento para futuro aumento de capital, demonstrando não ter a operação configuração de mútuo para fins de incidência do IOF, sobre parte do crédito constituído no processo administrativo nº 10510.003371/2006-41.*
>
> *III. Não se faz obrigatória à comprovação do adiantamento para futuro aumento de capital mediante a celebração de contrato escrito, podendo ser demonstrado por meio de registro nas escrituras fiscais da empresa. IV. No caso de não haver autorização no estatuto (art. 166, II c/c o art. 168 da Lei nº 6.404/76), o aumento do capital será realizado em assembleia geral extraordinária, a qual não possui prazo para acontecer. Também na legislação societária não se verifica prazo para que o aumento do capital ocorra.*
>
> *V. Honorários advocatícios mantidos em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e4º, do CPC, diante do trabalho exercido pelo causídico da autora.*
>
> *VI. Remessa oficial e apelação improvidas.*
>
> *(Processo 0000966-12.2011.4.05.8500, 4ª Turma do TRF5, DES. FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO, 20/11/2012)*

16. É de se iluminar, ainda, o fato de que, durante todo o período analisado, os recursos recebidos pela empresa recorrente de seus acionistas **permaneceram regularmente escriturados** na subconta "*adiantamento para aumento de capital*", conforme se extrai do Livro Razão, tendo a capitalização ocorrido, em estreita consonância com o art. 179 da Lei nº 6.404/1976 ("Lei das Sociedades Anônimas" - LSA). Em nenhum momento a autoridade fiscal logra êxito em demonstrar que a contabilização escapa à realidade dos fatos, preferindo, *contrario sensu*, o caminho de sua desconsideração. Em conformidade com o Acórdão CARF nº 3402-002.862, proferido em 26/01/2016, de relatoria do Conselheiro Antonio Carlos Atulim:

> "***A presunção de veracidade e legitimidade dos registros contábeis opera em dois sentidos***. *Por um lado,* ***cabe ao fisco o ônus de provar que os lançamentos efetuados não correspondem à realidade****, caso pretenda decretar a imprestabilidade da escrituração para fins fiscais. E, de outro lado, cabe ao contribuinte, em caso de inexatidões ou erros eventualmente cometidos, produzir a prova do fato.* ***Versando este processo sobre autos de infração, o ônus da prova das diferenças apuradas era do fisco****.* ***E o fisco se desincumbiu desse ônus, pois não contestou a veracidade e a legitimidade***

Documento nato-digital

> ***dos registros contábeis e declarações prestadas pelo contribuinte, baseando seu trabalho nos documentos produzidos pelo próprio fiscalizado***" - (seleção e grifos nossos).

17. Como faz uso o voto do Relator de disposição normativa própria do imposto de renda, é possível se trazer à colação o art. 923 do RIR, que dispõe que "*a escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais*". Não pode nem deve ser desconsiderada sem uma produção probatória prévia a escrita fiscal utilizada, inclusive, para lastrear a própria fiscalização, sob pena de se incorrer em um jogo de relativismo cético que colocaria em disputa os próprios valores utilizados como base da imposição.

18. Os dois sentidos da presunção de veracidade/legitimidade dos registros contábeis emergem de legislação de caráter nacional, conforme se depreende da leitura do art. 417 da Lei nº 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil, segundo o qual "*os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos*". Assim, tendo a autoridade fiscal tomado como ponto de partida para a sua interpretação do direito a escrita contábil e fiscal da contribuinte, não apenas se presume verdadeiro o quanto declarado (art. 408) como também se prova o não questionado (art. 428), pois, como se extrai do art. 419, a escrituração é una, tanto para o favorável como para o desfavorável:

> **Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) - Art. 419.** *A escrituração contábil é indivisível, e, se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto, como unidade.*

19. Assim, não tendo havido alteração da escrita ou tampouco seu questionamento, e uma vez que os recursos, ao final, foram efetivamente utilizados para capitalizar a sociedade, necessário se resgatar percuciente argumentação deduzida no Acórdão CARF nº 3302-00.616, proferido em 30/09/2010, de relatoria do Conselheiro Gileno Gurjão Barreto que, acompanhado pela unanimidade da turma no que respeita ao mérito, asseverou em seu voto sobre caso em tudo idêntico ao presente:

> "*(...) as autoridades fiscais não comprovaram que à contabilização em contas a receber teria havido equivalência em remessa de numerário propriamente dito. É de senso geral que as empresas controladoras, responsáveis que são pelas atividades das suas controladas, têm que provê-las de recursos necessários as suas operações diárias, principalmente nos estágios iniciais de suas operações. Indispondo desses recursos, sua controladora liquida suas despesas, e contabiliza um ativo recebível equivalente para que, quando essa empresa venha a*

Documento nato-digital

> *obter recursos financeiros suficientes, tribute-os segundo seu regime do imposto de renda e liquide seu passivo com seu controlador (...).* ***Quanto àqueles objeto de futura capitalização****, importante uma observação. Verificamos nos autos que* ***tais valores estavam contabilizados no ativo da recorrente desde 1º de janeiro de 2002, e apenas foram capitalizados em 30.06.2003****. E de se questionar se seriam mesmo adiantamentos para aquela finalidade, ainda que contabilizados sob essa forma (...) entendo que,* ***demonstrado pela contribuinte o cumprimento da destinação pela capitalização exata dos valores, devidamente registrados em Junta Comercial, que seria incabível a pretendida e respectiva tributação pelo IOF***" - (seleção e grifos nossos).

20. Deve-se, no entanto, atenção à seguinte ressalva realizada pelo Relator, e que se toma como fato provado, a circunstância de que nem todos os recursos repassados à contribuinte recorrente foram de fato capitalizados:

> "*Especificamente quanto à ausência de devolução dos valores repassados, cabe anotar que, diversamente do que afirma o recorrente, segundo o demonstrativo de efl. 27 e os registros contábeis de efls. 28 e ss., entre os anos 2000 e 2002, houve devoluções de AFAC, por parte da ENERGIPE S/A, de aproximadamente R$ 637.000,00 (seiscentos e trinta e sete mil reais).*
>
> *É certo que, se comparado ao valor capitalizado, superior a R$ 270.000.000,00 (duzentos e setenta milhões de reais), a quantia devolvida é ínfima, todavia, como se pode notar, a possibilidade de restituição era potencial, o que afasta a condição de certeza de irreverssibilidade dos repasses, próprios dos AFACs*" - (seleção e grifos nossos).

21. Tais valores, devolvidos à investidora, na monta de R$ 637.000,00 (*seiscentos e trinta e sete mil reais*), militam em completo desapreço ao conceito de adiantamento para futuro aumento de capital, e, salvo casos excepcionalíssimos, jamais poderiam assumir outra natureza que não a de operações de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas, realizadas sem prazo de vencimento definido, e sobre tais operações, **incontroversa é a incidência do IOF/Crédito**. Este, ademais, tem sido justamente o critério adotado pelas delegacias de julgamento para não reconhecer a existência de AFAC em concreto, como no Acórdão DRJ nº 15-12124, proferido em sessão de 06/02/2007 pela 4ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento de Salvador/Bahia:

Documento nato-digital

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

IOF. ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL. OPERAÇÃO DE MÚTUO.

Uma vez que os recursos aportados em empresa controlada a titulo de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital - AFAC não se prestaram ao fim destinado, não tendo havido, até o inicio do procedimento fiscal, o aumento de capital social, restou caracterizada a operação de mutuo, sujeita à incidência do IOF.

22. Há, no entanto, **substancial distância** entre o reconhecimento de que tais valores seriam empréstimos sujeitos ao imposto em referência e a conclusão a que chega o Relator de que tal façanha pudesse de alguma maneira contaminar todos os demais valores, que perderiam a sua condição de adiantamentos do tipo "AFAC" por serem "potencialmente" restituíveis. A materialidade de um não desnatura o substrato jurídico dos demais, que permanece hígido e intocado, e tanto é assim que, ao final, não deve o aplicador ignorar que de fato esgotaram seu destino manifesto de capitalizar a investida.

23. Por todos estes motivos, deve o presente processo encontrar desfecho idêntico ao conhecido pelo Acórdão CARF nº 3302-00.616, proferido em 30/09/2010, em conformidade com a ementa abaixo transcrita:

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

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

IOF. NÃO INCIDÊNCIA. AFAC.

Incabível a incidência do tributo sobre valores remetidos a titulo de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital - AFAC devidamente capitalizados e registrados em Junta Comercial.

24. Assim, pelos fundamentos acima expostos, voto por conhecer e dar parcial provimento ao recurso voluntário para afastar a cobrança de IOF sobre os recursos contabilizados como adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC).

Documento nato-digital

25. Em segundo lugar, entendeu a decisão ora objurgada que o contrato de conta corrente contábil é aquele segundo o qual duas pessoas convencionam fazer remessas recíprocas de valores, registrando os créditos e débitos daí resultantes em uma conta para posterior verificação do saldo exigível: o negócio jurídico firmado estabelece o fluxo financeiro entre as partes controlado por conta própria, sendo que os saldos só são exigíveis após o término do prazo fixado, sendo que os valores cedidos são registrados a débito da conta de ativo representativa do negócio e os retornos financeiros a crédito. Resta incontroverso, ainda, que, entre os contratos analisados, não há qualquer cláusula que limite os valores disponibilizados às participantes em função da contribuição inicial de cada uma delas ao caixa único, não havendo a obrigatoriedade de que, ao longo do período, as pactuantes tenham em seu favor algum crédito: "(...) se tiverem, os valores acrescem o caixa único, mas, se não, a dívida total é quitada por cada devedora somente ao final do acordo".

26. Assim, a questão em disputa se volta à análise dos efeitos tributários de remessas entre empresas ligadas fundados em contrato de conta corrente sob regime de caixa único, ou, dito de outra forma, se o aplicador está ou não diante de um negócio jurídico com natureza de mútuo. Cabe, desta feita, em primeiro lugar, delimitar o recorte normativo que deu conta da matéria, que deve ser o ponto de partida para a investigação e, neste sentido, o inciso V do art. 153 da Constituição de 1988 conferiu competência à União Federal para instituir imposto sobre operações de crédito, cabendo ao art. 63 do Código Tributário Nacional coligir as normas gerais aplicáveis à espécie, em especial ao dispor, em seu inciso I, que o fato gerador das operações de crédito consistirá na entrega ou colocação à disposição do valor que constitua o objeto da obrigação, cujo montante, consistente em principal acrescido dos juros, será considerado a base de cálculo respectiva.

27. O tributo encontra disciplina na alínea '*c*' do inciso I do art. 2º e nos arts. 11 a 13 do Decreto nº 6.306/2007 (RIOF), que preceitua a sua incidência em operações de crédito realizadas entre pessoas jurídicas, devendo ser considerado o **fato gerador** a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado e o aspecto temporal de sua exteriorização a data da entrega, o momento de liberação de cada parcela, a data do adiantamento a depositante, assim considerado o saldo a descoberto em conta de depósito, a do registro efetuado em conta devedora por crédito liquidado no exterior ou da novação, composição, consolidação, confissão de dívida e assemelhados, ou do lançamento contábil em relação às operações e às transferências internas que não tenham classificação específica, mas que, pela sua natureza, se enquadrem como operações de crédito. Por fim, nos termos do inciso I do art. 150 da Constituição Federal, é necessário lei ordinária para a instituição ou majoração de tributos, salvo nos casos de exigência de lei complementar, e, no caso do imposto sobre operações de crédito (IO/Crédito), coube à Lei nº 8.894/1994 tal incumbência.

> ***Constituição de 1988 - Art. 153.*** Compete à União instituir impostos sobre:
>
> (...) V. **operações de crédito**, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

Documento nato-digital

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

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

II - quanto às operações de câmbio, a sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este;

III - quanto às operações de seguro, a sua efetivação pela emissão da apólice ou do documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável;

IV - quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, a emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, na forma da lei aplicável.

Parágrafo único. A incidência definida no inciso I exclui a definida no inciso IV, e reciprocamente, quanto à emissão, ao pagamento ou resgate do título representativo de uma mesma operação de crédito.

Art. 64. A **base de cálculo** do imposto é: I - quanto às operações de **crédito, o montante da obrigação, compreendendo o principal e os juros**.

Decreto nº 6.306/2007 (RIOF) - Art. 2º O IOF incide sobre:

I - operações de crédito realizadas:

a) por instituições financeiras;

b) por empresas que exercem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring);

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

II - operações de câmbio;

III - operações de seguro realizadas por seguradoras;

IV - operações relativas a títulos ou valores mobiliários;

V - operações com ouro, ativo financeiro, ou instrumento cambial.

(...)

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**

§ 1º Entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito:

I. na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado;

II. no momento da liberação de cada uma das parcelas, nas hipóteses de crédito sujeito, contratualmente, a liberação parcelada;

Documento nato-digital

> III. na data do adiantamento a depositante, assim considerado o saldo a descoberto em conta de depósito;
>
> IV. na data do registro efetuado em conta devedora por crédito liquidado no exterior;
>
> V. na data em que se verificar excesso de limite, assim entendido o saldo a descoberto ocorrido em operação de empréstimo ou financiamento, inclusive sob a forma de abertura de crédito;
>
> VI. na data da novação, composição, consolidação, confissão de dívida e dos negócios assemelhados, observado o disposto nos §§ 7º e 10 do art. 7º;
>
> VII. na data do lançamento contábil, em relação às operações e às transferências internas que não tenham classificação específica, mas que, pela sua natureza, se enquadrem como operações de crédito.
>
> §2º O débito de encargos, exceto na hipótese do § 12 do art. 7º, não configura entrega ou colocação de recursos à disposição do interessado.
>
> § 3º A expressão "operações de crédito" compreende as operações de:
>
> I. empréstimo sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito e desconto de títulos (Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, art. 1º, inciso I);
>
> II. alienação, à empresa que exercer as atividades de factoring, de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo (Lei nº 9.532, de 1997, art. 58);
>
> III. mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física

28. A leitura desinente do termo de verificação fiscal revela, por seu turno, que a acusação fiscal toma como ponto de partida tais normas para entender os "CONTRATOS DE CONSTAS CORRENTES E CAIXA ÚNICO" como ensejadores da incidência do tributo em apreço, o que demanda a análise de tais instrumentos, voltados a concentrar os recursos financeiros do recorrente em uma única estrutura administrativa com o objetivo de promover eficiência administrativa, reduzir cursos e conferir melhores condições de captação de dinheiro no mercado por meio da gestão de um caixa único. Tais fatos são incontroversos e a autoridade fiscal os confirma ao longo do arrazoado que lastreia o lançamento de ofício: cada empresa do grupo fazia uso de tal caixa único para fazer frente a seus dispêndios no exercício de suas atividades sociais e, para materializar e viabilizar o controle dos valores, foram firmados contratos de contas correntes por meio dos quais se pactuava que uma parte não exigiria o valor correspondente da outra até o vencimento/fechamento.

29. Cabe indagar, assim, se as contas correntes operaram ou não com as atividades típicas que lhes são próprias, ou se sob tal denominação foram praticadas operações de crédito correspondentes a mútuo, nos termos do art. 13 da Lei nº 9.779/1999, cujo preceptivo normativo se voltou a estatuir a categoria jurídico-econômica específica do mútuo como núcleo material da incidência:

> ***Lei nº 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.

Documento nato-digital

30. Observe-se que, após a publicação da Lei nº 9.779/1999, foi expedido o Ato Declaratório SRF nº 07/1999 consolidando entendimento da Receita Federal a respeito de mútuos realizados por meio de conta-corrente:

> ***Ato Declaratório SRF nº 07/1999 - 1.*** **No caso de mútuo entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, sem prazo, realizado por meio de conta-corrente**, o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF, devido nos termos do art. 13 da Lei n ° 9.779, de 19 de janeiro de 1999:
>
> a) incide somente em relação aos recursos entregues ou colocados à disposição do mutuário a partir de 1 ° de janeiro de 1999;

31. A título de complemento, o ato declaratório em referência revogado pela Instrução Normativa RFB nº 907, de 09/01/2009, também anterior aos fatos geradores em disputa, que passou a dispor nos seguintes termos:

> ***Instrução Normativa RFB nº 907, de 09/01/2009 - Art. 7º*** O IOF incidente sobre **operações de crédito concedido por pessoas jurídicas não financeiras**, **de que trata o 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.
>
> § 1º O imposto de que trata o caput tem como:
>
> I - **contribuinte, o mutuário**, pessoa física ou jurídica;
>
> II - fato gerador, a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do mutuário; e
>
> III - base de cálculo, o valor entregue ou colocado à disposição do mutuário.
>
> § 2º **Nas operações de crédito realizadas por meio de conta corrente sem definição do valor de principal, a base de cálculo será o somatório dos saldos devedores diários, apurado no último dia de cada mês**.
>
> § 3º **Nas operações de crédito realizadas por meio de conta corrente em que fique definido o valor do principal, a base de cálculo será o valor de cada principal entregue ou colocado à disposição do mutuário**.
>
> (...) § 5º É **responsável pela cobrança e pelo recolhimento do IOF a pessoa jurídica mutuante**.

32. Ao compreender as operações de conta corrente como crédito rotativo, *i.e.*, voltadas a financiar as contratantes, concluiu a autoridade fiscal que os contratos em disputa têm natureza de mútuo e, como tal, merecem ser oferecidos à tributação do IO/Crédito, com ancoramento positivo no art. 13 da Lei nº 9.779/1999 e no RIOF. Tal entendimento, no entanto, encontra-se em dissonância com o posicionamento correto acerca da matéria, pois, em primeiro lugar, o contrato de conta corrente é **contrato típico** com características próprias, previsto já nos arts. 253 e 432 do Código Comercial de 1850 e no art. 4º da na Lei nº 7.357/1985 ("Lei do

Documento nato-digital

Cheque"), que também expressamente dispõe a respeito da "*conta corrente contratual*", entre outros, como se denota de belíssima reconstrução, merecedora de elogios, realizada pelo Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto no Acórdão CARF nº 3402-005.232, proferido em sessão de 22/05/2018:

> *"*(...) alegar a ausência de disposições expressas sobre seu regime jurídico é uma afirmação de todo equivocada, como bem apontou Fran Martins (Ob.Cit., p.367368), ao apontar a existência de regulação no art.4º do Decreto nº 22.626/33 (a chamada Lei da Usura), revogado por Decreto de 25/04/1991, mas revigorado em seguida, por Decreto de 29/11/1991, estando vigente atualmente, in verbis: "É proibido contar juros de juros: esta proibição não compreende a acumulação dos juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de ano a ano."
>
> Poder-se-ia argumentar que nunca um texto legislativo trouxe expresso as minúcias do regime jurídico do contrato em comento mas isto não é suficiente (além de ser equivocado, como demonstramos nos parágrafos anteriores) para negar a **tipicidade** do mesmo haja vista que uma peculiaridade do Direito Comercial e Civil é o **caráter de fonte que assumem os "usos e costumes"**, inclusive positivado no art.113 do atual Código Civil ao tratar da parte geral dos Negócios Jurídicos (Art.113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.).
>
> A previsão típica do contrato na Lei de Cheque, complementado pelos dispositivos mencionados e os usos e costumes de sua prática longínqua, desde o Tribunal de Comércio da Corte no Brasil, lhe dá o timbre de um **CONTRATO TÍPICO** com elementos necessários para a sua caracterização que devem, por força do art.109 do Código Tributário Nacional, serem observados no momento de qualificação dos fatos geradores.
>
> É dizer, uma vez que a Lei de Cheque traz nomeadamente o contrato de conta corrente, torna-o típico **o nome traz consigo a prática e a convenção sobre ele**. Todos os usos e costumes relacionados àquela espécie de contrato são recepcionados pela remissão expressa e nominal que a supramencionada lei traz.
>
> Na pior das hipóteses, poder-se-ia dizer que se trata de **contrato socialmente típico**, da mesma forma que outros como factoring, franchising, shopping center etc., que são, em regra, invariavelmente praticados por empresários no exercício de sua atividade, e, por consequência, se submetem aos princípios, regras e métodos do Direito Empresarial, tendo seu regime jurídico recebido tutela dos tribunais como se legalmente típicos fossem.
>
> Uma vez ultrapassada a questão da tipicidade que imediatamente conduz à obrigatoriedade da Administração Tributária observar seus elementos típicos deve-se tratar aqui das suas características principais.
>
> Em definições de consagradas autores brasileiros e estrangeiros fica evidente que não se trata de uma invenção recente, mas de uma forma contratual historicamente consolidada (...).
>
> No mesmo sentido é a lição de Gianinni, expoente italiano do tema, e Paulo de Lacerda, comercialista brasileiro responsável pela obra maior acerca do contrato de conta corrente:
>
> > *"[o contrato de conta corrente é] um contrato pelo qual duas pessoas convêm em concederse crédito recíproco a respeito de operações realizadas entre si e por igual duração de tempo de modo a que, ao fim do prazo, a diferença entre as duas somas de crédito represente um crédito exigível"* (GIANINNI, Torquato. *I contratti di conto corrente*. Firenze, 1895. P.59)

Documento nato-digital

> *O nome do contrato é contacorrente, a qual abrese quando se estabelece entre os correntistas ou correspondentes, alimentase pelas recíprocas remessas a debito e credito, formando no exercício do contrato as sucessivas parcellas, verbas, artigos ou lançamentos das partidas de deve e haver; sujeitase a encerramentos, balanços ou liquidações periódicos, para de tempos a tempos ser acertada a mesma contacorrente e extrahindose o saldo periódico a se levar ao seguinte período de contacorrente, até o fechamento ou encerramento final quando, feito o balanço definitivo, se apurar o saldo final possível de pronunciase contra um qualquer dos dois correntistas e portanto a favor do outro. (*LACERDA, Paulo de. *Do Contrato de ContaCorrente*, Editor Jacinto Ribeiro, 2ª edição, 1928, P.2425*)*

Em um esforço sistematizador, e recorrendo às lições de J. X. Carvalho de Mendonça, Waldirio Bulgarelli (Contratos Mercantis, 4ªed. São Paulo: Atlas, 1987. P.555) e Fran Martins (Ob.cit., P.369370) trazem uma sistematização das características desse contrato: 1) O contrato de conta corrente *supõe uma série de operações sucessivas e recíprocas entre as partes*. Essas operações *são anotadas nas contas, como partidas de débito e de crédito,* e

somente ao final do prazo convencionado, ou com a manifestação de uma das partes, se não houver período estabelecido, somamse as partidas de débito e as de crédito, verificandose o saldo final. 2) *Só entram na conta corrente os créditos resultantes das operações a elas destinada*s. 3) Durante a vigência da conta corrente não pode um dos correntistas julgarse credor ou devedor, pois *esse status só lhe será atribuídos após o encerramento da conta*. 4)

Enquanto vigente o contrato, *as remessas constituem uma massa homogênea* cujo resultado só pode ser conhecido com o balanço final, destacando-se a *indivisibilidade* e *unidade* das remessas. 5) Em razão da *perda da individualidade das remessas*, não podem dar causa a ação particular sobre elas, nem ser objeto de execução.

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

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

II) É ***contrato oneroso***, por envolver vantagens econômicas para ambos os contratantes. Frise que o contrato tem essa natureza não porque a conta corrente faz decorrer juros recíprocas, pois *estes podem ser excluídos contratualmente* (Cf. LACERDA. Ob.Cit.,

p.111; e GIANINNI, ob.cit., §10º), mas pela concessão de crédito recíproco.

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

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

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

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

O equívoco da consideração como contrato real está em colocar em antítese a convenção de conta corrente com a própria conta corrente, quando, em rigor, pouco

Documento nato-digital

> importa as características individuais da remessa, vez que remetida através da convenção, ele perde sua individualidade. Não apenas isso, fosse o contrato real, o estorno da primeira remessa por qualquer motivo que seja implicaria a rescisão do contrato, o que não se verifica, pela possibilidade de outras remessas posteriores permanecerem.
>
> Enfim, em perfeita síntese, Paulo de Lacerda (ob.cit., p.121) pontua que os contratos em regra são consensuais, sendo reais apenas aqueles em que se obriga a parte a dar retorno ao mesmo objeto que recebe, ou outro da mesma espécie o que não acontece com o contrato de conta corrente, pois a intenção das partes está em criar uma massa homogênea das transações recíprocas, para gozar das vantagens que daí resultam.
>
> (...) O fato das remessas se iniciarem imediatamente após o contrato é mera contingência, haja vista que enquanto permanecer válido o contrato a conta corrente será válido meio para as remessas.
>
> Em síntese: ***o seu ponto central é a convenção, e não a tradição***.
>
> Sobre a ***temporalidade*** do contrato, as partes podem convencionar um prazo de duração, mas Gianinni (Ob.cit., §87) observa que ***um limite convencional de tempo é coisa supérflua em contratos de contacorrente***, frisando que é pouco usado na verdade, poucas vezes se apresentará uma hipótese do contrato de conta corrente com prazo determinado, sendo facultado aos correntistas romper o contrato quando quiserem.
>
> Além disso, não há obrigatoriedade de realização de ***balanços provisórios*** mas podendo ser estipulado contratualmente dentro de prazos determinados sendo essencial à forma contratual apenas o ***balanço definitivo***, quando da sua extinção (Cf. LACERDA, Paulo M. de. Ob.Cit. P.267271).
>
> O que também não impede que o saldo apurado em uma liquidação periódica seja transportado para nova conta ou seja logo pago, a critério da estipulação dos contratantes.
>
> Um último ponto essencial à sua caracterização diz respeito à forma de sua contabilização, que demanda uma atenção especial. A escrituração se faz nos mesmos moldes da conta corrente contábil, não devendo ser confundidos o contrato e a sua escrituração (MARTINS, ob.cit., p.367).
>
> Sobre a escrituração contábil do contrato de conta corrente, é feita como qualquer conta corrente, mas há distinção entre a conta corrente de contrato e a mera conta corrente derivada apenas de procedimento escritural, como veremos logo abaixo.
>
> Não obstante, face ao regime jurídico próprio do contrato de conta corrente, impõe-se que a escrituração derivada dele seja feita à parte de outras contas correntes meramente contábeis, assim como se impõe a sua separação em relação a outros débitos e créditos das duas partes envolvidas no contrato, débitos e créditos estes que não estejam abrangidos pelo contrato, segundo suas disposições quanto ao seu objeto*"* - *(seleção nossa, grifos do original).*

33. Assim, o que se observa é um típico contrato de conta corrente (*sweep account*) utilizado pelo grupo da recorrente como caixa único ("*cash pooling*" ou "*master account*") voltado a prover concretude a um acordo de liquidez baseado em um centro de controle financeiro gerido de maneira centralizada pela recorrente que racionaliza e procede ao registro dos repasses e recebimentos. Daí a distinção necessária com relação ao mútuo: apenas no caso de a compensação de liquidez se mostrar insuficiente para a manutenção da capacidade operacional das empresas ligadas é que passa a ser necessário o empréstimo:

Documento nato-digital

> "Tal prática, cada vez mais comum no Direito Societário, tem recebido guarida legislativa nos países mais desenvolvidos, a exemplo da Alemanha, que promulgou a Gesetz zur Modernisierung des GmbHRechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (Lei de modernização do direito societário e de combate ao abuso), cujo §30 explicitamente aprova a prática do cash pooling, regulando suas condições e limites. Da mesma forma, a Áustria recentemente aprovou o EigenkapitalersatzGesetz (EKEG) que também cuidou de dar as linhas mestras de operação do cash pooling dentro do âmbito de um grupo econômico.
>
> **Assim, as controladas e a controladora criam contas correntes nas quais são registrados débitos e créditos decorrentes de transferências que serão, ao final de um período, liquidadas, com a apuração de saldo credor ou devedor de uma em relação às outras, que deverá ser pago, com incidência de juros**.
>
> **Não há, nesse caso, empréstimo de valores, mas uma concentração do caixa do grupo em uma única empresa, de modo que todas as aquisições da controlada o sejam à partir de recursos da controladora e gestora do caixa único, ao passo que todos os recebimentos serão igualmente destinados, automaticamente, ao caixa da controladora.**
>
> (...) **O primeiro cuidado que se deve ter ao contrastar o Contrato de Conta Corrente e o de Mútuo é observar que ambos são contratos típicos**, como cuidamos de demonstrar cabalmente no tópico anterior.
>
> Esta distinção não é necessária apenas para verificação das possíveis incidências tributárias sobre a movimentação econômica e financeira decorrente do contrato, mas principalmente, e até mesmo antes daquelas, para que as partes possam ser exigidas no cumprimento das suas obrigações e possam exercer os seus direitos de acordo com a efetiva natureza jurídica do contrato*" - (seleção e grifos nossos).*

34. De fato, o mútuo é o empréstimo de bem fungível para ser restituído ao mutuante na mesma quantidade, gênero e qualidade, sob os auspícios dos arts. 586 e seguintes do Código Civil, e, diverso do contrato de conta corrente, é real (*re contrahitur obligatio, velut mutui datione*) divisível e individualizado (e não indivisível, tratado como coisa homogênea, como aquele praticado pela recorrente com suas partes ligadas), e unilateral, gerando obrigação ao mutuário, que adquire o dever de devolver a coisa mutuada, eventualmente com juros, que podem ser cobrados imediatamente após a tradição. A distinção ficou competentemente sedimentada no encomioso voto em referência:

Documento nato-digital

Critério de classificação	Contrato de Conta-Corrente	Contrato de Mútuo
Quanto a positivação	*Típico*	*Típico*
Quanto à natureza do contrato	*Convencional*	*Real*
Quanto ao objeto do contrato	*Abertura de conta corrente para débitos e créditos recíprocos, para liquidação posterior.*	*Empréstimo de coisa determinada e fungível, mediante devolução posterior.*
Quanto à natureza da tradições entre as partes	*Indivisíveis, devendo ser tratadas como uma massa homogênea*	*Divisíveis e individualizadas, com tratamento próprio para cada transação*
Quanto ao aspecto subjetivo da obrigação	*Bilateral*	*Unilateral*
Quanto à dimensão econômica	*Oneroso ou Gratuito*	*Oneroso ou Gratuito*
Quanto ao aspecto subjetivo	*As partes assumem natureza de credor e devedor após a liquidação da conta corrente*	*As partes são mutuante e mutuário desde a tradição do bem*
Quanto à cobrança de juros	*Somente após a liquidação*	*Imediatamente após a tradição*
Quanto ao tempo do contrato	*Temporário ou Tempo Indeterminado*	*Temporário*

35. O contrato de conta corrente, portanto, não implica a abertura de um crédito e muito menos a prática de um mútuo, mas simplesmente se estabelece "*(...) o destino de créditos futuros entre dois sujeitos, adotando uma conta na qual vão sendo lançados débitos e créditos que se excluem mutuamente e cujo saldo só é exigível quando se dá o vencimento do contrato ou mediante* [sua] *extinção voluntária*". Neste sentido, de fato cabível a citação a **Antônio da Silva Cabral**, "*(...) jurista que integrou os quadros da SRF e foi por vários anos presidente da 3ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes e, como tal, membro da Câmara Superior de Recursos Fiscais, notabilizando-se por seu rigor técnico e por sua cultura jurídica*" no sentido de que no contrato de mútuo não há crédito, pois, nas palavras deste autor, o objeto é específico: "*(...) não se faz um mútuo nem se abre um crédito, mas se convenciona o que fazer com créditos passados, presentes e futuros (...) do contrato de conta corrente não se irradiam relações jurídicas creditícias (...) mas apenas o dever de lançar e anotar os créditos de um e de outro*". Assim, assevera nos seguintes termos:

> "É um erro, freqüentemente encontrado na escrituração de empresas e em atos normativos do Fisco, encarar-se a conta corrente como se esta representasse uma dação recíproca de empréstimo, quando o importante seria analisarem-se os negócios jurídicos que motivaram os débitos ou créditos em conta corrente (...).
>
> Em homenagem à sabedoria do Mestre, transcrevo o que disse PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado, 3ª. ed., 1984, vol. LXII, pág. 132):

Documento nato-digital

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

36. Assim, no contrato de conta corrente não há a consciência prévia da extensão do objeto implicado: em que pese os aportes e depósitos, as frações ali apostas comporão um universo indecomponível, ainda que controlado e registrado em conta gráfica, não havendo sequer uma cláusula nos contratos firmados pelas empresas do GRUPO ODEBRECHT com a recorrente que torne exigíveis as parcelas, pois não há dívida a bem da verdade, pois a causa típica do acordo de vontades é a gestão da massa informe dos recursos, a racionalização dos fluxos traduzidos em créditos e débitos, não havendo, portanto, que se falar na hipótese veiculada pelo art. 13 da Lei nº 9.779/1999 para os contratos de conta corrente, o que aponta para a mais flagrante ilegalidade do Ato Declaratório 07/1999, em desacordo com o art. 110 do Código Tributário Nacional, questão, ademais, que não é nova à jurisprudência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

37. Observe-se que o contrato de conta corrente não tem natureza real, mas convencional: não envolve necessariamente transferência de bens, mas, antes, trata-se de acordo por meio do qual as partes abrem mão de receber e pagar valores entre si devidos e se comprometem a apô-los em seus registros contábeis como créditos e débitos não imediatamente liquidáveis, mas com liquidação diferida ao vencimento do contrato ou data pré-fixada. Assim, os valores que integram a "*master account*" do grupo não são transferidos para a recorrente a título de mútuo, uma vez que **continua** a consubstanciar caixa da correntista.

38. No contrato de conta corrente, implicado com a gestão de um caixa único, o correntista pode contribuir para o caixa comum e dele usufruir sem que um ou outro partícipe da relação adquira a condição de mutuante, o que indica a natureza consensual do pacto, que não está ligado a outros contratos, ainda que deles derive - são meros lançamentos de crédito ou de débito. No momento em que a conta for zerada (vencimento contratual), apura-se saldo exigível que originará dívida correspondente à diferença líquida entre as contas, a ser saldada nos termos contratados; por outro lado, diante de eventual inexistência de saldo, processa-se a quitação recíproca. Tal ocorre justamente porque o objeto do contrato é o estabelecimento de uma obrigação de não fazer (não se cobrarem) e de fazer (registrarem mutuamente débitos e créditos), havendo, ainda, também diferentemente daquilo que ocorre no mútuo, transferência de recursos de maneira **eventual**, que inclusive pode ou não ocorrer. Assim, no caso do conta corrente, as partes exibem idênticas posições em relação a deveres (lançar as operações recíprocas em suas respectivas escriturações contábeis e impossibilidade de cobrar qualquer pagamento antes do encerramento da conta) e direitos (exigir comportamento idêntico da contraparte na operação), enquanto que no caso do mútuo se está diante de contrato

Documento nato-digital

unilateral, em que apenas o mutuário contrai obrigações, uma vez cumprida o único dever do mutuante (entregar a coisa mutuada).

39. Verifica-se que não se trata de empréstimo a pessoa jurídica do mesmo grupo e, logo, não há que se falar em contratos de mútuos, **salvo se houvesse prova nos autos de que tais dispêndios não estavam relacionados à finalidade precípua do conta corrente**, o que não logrou demonstrar a autoridade fiscal. Muito pelo contrário, a transcrição das cláusulas contratuais apenas confirmam se estar diante de típica operação de conta corrente, a elaboração de um sistema de gerenciamento de recursos financeiros.

40. Tampouco socorre à pretensão da autoridade fiscal a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.239.101/RJ, que se volta a afirmar a incidência de IO/Crédito sobre concessões de créditos, o que, como se demonstrou, não é o caso corrente. Diga-se, ademais, que o caso tratado pelo Poder Judiciário se voltava a apreciar o contrato de abertura de crédito, sobre o qual, por evidente, incide o tributo em debate.

41. Neste sentido, desnecessário inclusive se aventar a ilegalidade da Instrução Normativa RFB nº 907, de 09/01/2009, uma vez que o seu art. 7º determina a incidência do IOF incidente sobre **operações de crédito** concedido por pessoas jurídicas não financeiras, de que trata o art. 13 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, incidente somente sobre operações de **mútuo** que tenham por objeto recursos em dinheiro, disponibilizados sob qualquer forma. Em igual sentido, os desdobramentos do *caput* seguem o mesmo percurso racional: em seus §§ 2º e 3º, é possível se denotar que incidirá o tributo, textualmente, **nas operações de crédito realizadas por meio de conta corrente**, sendo responsável pelo recolhimento a pessoa jurídica **mutuante**. Inexiste ilegalidade uma vez que a previsão é voltada especificamente para operações de crédito, nas quais a conta corrente é mero instrumento, e **não** para típicos contratos de conta corrente (em que não há crédito).

42. Assim, o importante ao aplicador é a correta identificação da natureza das transações financeiras: se de mútuo ou de conta corrente. Impende ressaltar que mesmo nos casos de adiantamentos para futuro aumento de capital (AFAC) a Receita Federal já se manifestou acerca da aplicação do art. 21 do Decreto-Lei nº 2.065: tanto o Parecer Normativo CST nº 17, de 20/08/1984, como a Instrução Normativa nº 127, de 08/09/1988, reconheceram que o AFAC não configura mútuo desde que atendidos os requisitos aplicáveis, dos quais já tratamos em outras oportunidades, como no Acórdão CARF nº 3401-004.365, proferido em sessão de 30/01/2018.

43. Como se pode perceber, é rica a construção em torno do mútuo, esta especialíssima figura do direito privado prevista pelo art. 586 do Código Civil, para fins de determinação do montante correspondente à renda, como faz o mencionado Parecer Normativo CST nº 17, de 20/08/1984, a começar pelos limites da dedutibilidade dos juros passivos em condições usuais de mercado, conforme disciplinado pelo Parecer Normativo CST nº 138/1975, havendo, para tanto, a exigência de contrato, juros que não excedam a taxa legal e que os recursos sejam empregados na própria atividade principal da mutuária. Nem por isso seria possível se cogitar que o não preenchimento de tais requisitos caracterizadores da condição de despesa dedutível implicariam a incidência ou não incidência de outro tributo, pois diferentes os âmbitos de aplicação de cada sistema normativo. Cabe, ainda, trazer à análise a legislação civil pertinente ao instituto do mútuo:

Documento nato-digital

> **Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) - Art. 586.** O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.
>
> **Art. 587.** Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.
>
> (...) **Art. 591.** Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.
>
> **Art. 592.** Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será: I. Até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para semeadura; II. De trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro; III. Do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.

44. Na oportunidade do julgamento do Acórdão CARF nº 3401-004.365, assim nos pronunciamos:

> "*O art. 591, como se percebe, não obriga ou condiciona tal figura à cobrança de juros, mas unicamente o presume no caso de se tratar de negócio jurídico celebrado com fins econômicos, limitando, ainda, a sua cobrança à taxa legal. Tampouco a ausência de prazo o desnatura, pois, em complemento à regra dos incisos do art. 592, o § 14 do art. 7º do Decreto nº 6.306/2007 prevê expressamente a operação de crédito contratada por prazo indeterminado. Por outro lado, em um esforço de análise estratigráfica da legislação, aponta-se que a previsão da possibilidade do aumento futuro de capital tem tímida previsão no inciso I do art. 84 da Lei nº 6.404/1976 (LSA), já tendo sido a figura do adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC) identificada por parte da doutrina como aquela descrita pelo inciso II do art. 170 da lei societária, em que pese a discussão acima contextualizada.*
>
> ***A distinção mais notável entre os institutos residiria no compromisso das partes com a finalidade da transferência/entrega de coisa fungível: (i) no caso do mútuo, a futura restituição de coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, e (ii) no caso do AFAC, o futuro emprego dos recursos no aumento de capital. Em um caso, restitui-se, e, no outro, capitaliza-se**. **Enquanto a natureza do mútuo se investiga a partir do art. 586 da codificação civil, o AFAC mantém estreito diálogo com o art. 1.081 da lei civil e com o art. 166 da LSA, que preveem a possibilidade do aumento do capital**.*
>
> *Partindo deste pressuposto, é possível se investigar a definição de sua natureza pela finalidade dada à coisa fungível entregue pelos investidores à investida, e um não se confunde com o outro para fins tributários.* ***O primeiro é fato gerador do IO/Crédito; o segundo não se coaduna com a materialidade de tal exação, o***

Documento nato-digital

***que não é algo novo à jurisprudência administrativa**, conforme se depreende do quanto decidido pelo Acórdão nº 201-80.220, proferido em sessão de 25/04/2007 pela extinta 1º Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, nos seguintes termos:*

> *Assunto: Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF - Período de apuração: 31/01/2000 a 31/12/2003*
>
> *Ementa: (...) ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL.*
> ***Por falta de amparo legal, não procede o lançamento de IOF incidente sobre adiantamento para futuro aumento de capital**.*
>
> *Recurso de oficio negado.*

Em igual sentido, a distinção que fizemos logo acima entre o mútuo e o AFAC restou sedimentada, apenas com outras palavras, no acórdão proferido em 19/05/2005 no curso do Processo Administrativo nº 10768.001867/92-83 pela extinta 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes:

> *"Da lapidar definição posta no art. 1.256 do Código Civil revogado, reproduzida no art. 586 do Código Civil de 2002, se extrai que o mútuo é o contrato pelo qual alguém transfere a propriedade da coisa fungível a outrem, que se obriga a lhe restituir coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.*
>
> *Sendo-lhe transferido o domínio da coisa emprestada, pode o mutuário dar-lhe o destino que lhe aprouver, inclusive consumi-la, obrigando-se, no entanto, a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, pois a obrigação de restituição é da essência e da estrutura do contrato de mútuo.*
>
> *Enquanto que, nos negócios jurídicos de adiantamento para aumento de capital, os recursos recebidos pela empresa de seus acionistas ou quotistas somente podem ser utilizados para este fim, não comportando restituição" - (seleção e grifos nossos).*

Traçadas tais premissas, há, ainda, de se assentir para o fato de que o próprio Poder Judiciário vem dispensando, inclusive, o contrato escrito de AFAC para o seu reconhecimento, uma vez que a sua contabilização como tal e sua posterior utilização no aumento de capital da empresa será mais do que suficiente para comprová-lo, não havendo, na legislação societária, prazo para

Documento nato-digital

ocorrer a assembleia convocada para o fim específico de aumento de capital:

> *EMENTA: TRIBUTÁRIO. ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL - AFAC. INCABIMENTO DA INCIDÊNCIA DO IOF – IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS.*
>
> *Trata-se de remessa oficial e apelação de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para anular parcialmente os créditos tributários constituídos no processo administrativo-fiscal nº 10510.003371/2006-41, considerando a não incidência do IOF sobre a parte de valores repassados como adiantamento para futuro aumento de capital – AFAC.*
>
> *O AFAC - adiantamento para futuro aumento de capital corresponde a valores recebidos pela empresa de seus acionistas ou quotistas destinados a serem utilizados como futuro aporte de capital. Na hipótese, a autora informou ter realizado em favor de suas empresas coligadas o adiantamento para futuro aumento de capital, demonstrando não ter a operação configuração de mútuo para fins de incidência do IOF, sobre parte do crédito constituído no processo administrativo nº 10510.003371/2006-41.*
>
> *Não se faz obrigatória à comprovação do adiantamento para futuro aumento de capital mediante a celebração de contrato escrito, podendo ser demonstrado por meio de registro nas escrituras fiscais da empresa. IV. No caso de não haver autorização no estatuto (art. 166, II c/c o art. 168 da Lei nº 6.404/76), o aumento do capital será realizado em assembleia geral extraordinária, a qual não possui prazo para acontecer. Também na legislação societária não se verifica prazo para que o aumento do capital ocorra.*
>
> *Honorários advocatícios mantidos em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e4º, do CPC, diante do trabalho exercido pelo causídico da autora.*
>
> *Remessa oficial e apelação improvidas.*
>
> *(Processo 0000966-12.2011.4.05.8500, 4ª Turma do TRF5, DES. FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO, 20/11/2012)*

Documento nato-digital

45. Ademais, sempre que a contribuinte lançar em conta própria de conta corrente as movimentações em disputa, é possível se trazer à colação o art. 923 do RIR, que dispõe que "*a escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais*". Não pode nem deve ser desconsiderada sem uma produção probatória prévia a escrita fiscal utilizada, inclusive, para lastrear a própria fiscalização, sob pena de se incorrer em um jogo de relativismo cético que colocaria em disputa os próprios valores utilizados como base da imposição.

46. Os dois sentidos da presunção de veracidade/legitimidade dos registros contábeis emergem de legislação de caráter nacional, conforme se depreende da leitura do art. 417 da Lei nº 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil, segundo o qual "*os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos*". Assim, tendo a autoridade fiscal tomado como ponto de partida para a sua interpretação do direito a escrita contábil e fiscal da contribuinte, não apenas se presume verdadeiro o quanto declarado (art. 408) como também se prova o não questionado (art. 428), pois, como se extrai do art. 419, a escrituração é una, tanto para o favorável como para o desfavorável:

> **Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) - Art. 419.** *A escrituração contábil é indivisível, e, se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto, como unidade.*

47. Assim, pelos fundamentos acima expostos, voto por conhecer e dar parcial provimento ao recurso voluntário para afastar a cobrança de IOF sobre os negócios jurídicos ora reconhecidos como de conta corrente.

48. Assim, pelos motivos acima expostos, voto por conhecer e dar provimento ao recurso voluntário interposto.

(documento assinado digitalmente)

Leonardo Ogassawara de Araújo Branco

Documento nato-digital