

Catarina Linhares: Contratos de mútuo conversível para startups

30/12/2022

Os contratos de mútuo conversível são muito comuns para startups, existindo neles previsões acerca da incidência de Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) que possui a sua base legal para cobrança no Decreto nº 6.306 [1], de 14 de dezembro de 2007, fato que traz dúvidas acerca da constitucionalidade de sua exigência.



Apesar de constar o mútuo em comentário no artigo 5º,

§1º, da Lei Complementar nº 182/2021 [2], importante se faz pontuar a definição de mútuo pela legislação brasileira, haja vista o que se encontra descrito no Diploma Civil, que o conceitua, em seu artigo 586, da seguinte forma: "*Artigo 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*".

Comumente, o contrato de mútuo conversível é firmado entre a startup e o investidor, aquele que acredita na ideia. Nesse sentido, a formalização do contrato é realizada para garantir ao investidor uma redução dos riscos decorrentes da atividade empresarial desenvolvida pela startup, afastando do quadro societário aquele que realizou o aporte financeiro, o qual poderá decidir, em alguns casos, mediante a sua conveniência, pela sua inclusão no *cap table* ou pelo pagamento do valor após o prazo ou meta estipulado.

Em regra, o contrato de mútuo conversível é análogo a um "empréstimo", sendo que aquele poderá ser adimplido em dinheiro, contabilizando juros se for o caso, ou em participação societária. Ainda, como salientado em tópico precedente, o mútuo conversível já se encontra previsto na legislação pátria, sendo tipificado como um instrumento jurídico de investimento em inovação.

De acordo com a legislação, o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, Títulos ou Valores Mobiliários deve incidir sobre as operações de crédito realizadas entre pessoa jurídica e pessoa jurídica ou entre pessoa jurídica e pessoa física, desde que o mutuante não

figure como pessoa física. A instituição do referido imposto é de competência da União, consoante preceitua o inciso V, do artigo 153, da Constituição Federal.

Insta salientar que o contribuinte do IOF sobre operações de mútuo é o próprio mutuário, ou seja, a startup ou o seu empreendedor. Em contrapartida, o responsável pelo recolhimento e cobrança é o mutuante, ou seja, o investidor, desde que seja pessoa jurídica.

Repisa-se que o entendimento de que o tributo deve incidir sobre as operações de crédito realizadas não só pelas instituições financeiras partiu de uma interpretação do inciso V, do artigo 153, da Constituição Federal de 1988, corroborada pela decisão em sede de ADI pelo Supremo Tribunal Federal (ADI- MC 1.763/DF [3], relator ministro Sepúlveda Pertence, DJ 26/9/2003).

Todavia, é notória a perpetuação da discussão quanto à incidência do Imposto sobre Operações Financeiras sobre o mútuo celebrado sem a participação de instituição financeira ou parte que possua atividade correspondente à de instituição financeira, mesmo que eventualmente, isso porque se investiga um excesso na interpretação do texto jurídico pelo Fisco, tanto em relação à Constituição Federal quanto ao Código Tributário Nacional.

É nítido que a incidência do tributo foi estendida devido ao disposto no artigo 13, da Lei nº 9.779/1999 [4], no qual há ampliação às operações de crédito relativas ao mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, independentemente de figurarem como instituições financeiras.

Em relação à incidência do IOF sobre a atividade de *factoring*, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal já entendeu pela sua constitucionalidade, cabendo a discussão acerca da fundamentação que baseou a decisão, assim como da possibilidade da aplicação do tributo ao mútuo financeiro, de modo a estender o entendimento ao artigo 13, da Lei nº 9.779/1999, o que pode alcançar pessoas que não praticam profissionalmente o mútuo.

A verificação acerca da inconstitucionalidade da cobrança se dá através da análise do inciso V, do artigo 153, da Constituição Federal, que atribuiu à União a competência para instituir o IOF, bem como do artigo 13, da Lei nº 9.779/99, o qual ampliou a incidência do imposto. Ocorre que, com a alteração promovida pelo artigo 13 da mencionada lei, o Decreto nº 6.306/2007 regulamentou e enumerou as hipóteses de incidência do tributo, incluindo a novidade acerca da incidência do IOF no mútuo celebrado entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, ou seja, houve a tipificação deste mútuo como operação de crédito.

A Constituição Federal estabeleceu a competência à lei complementar para disciplinar fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, tendo o Código Tributário Nacional assumido esse papel desde que inexistente lei complementar específica do tributo, sendo este o caso do IOF. No artigo 66, o CTN esclarece que o contribuinte do Imposto sobre Operações de Crédito é qualquer das partes na operação tributada, na forma da lei.

Dessa forma, a nova hipótese de incidência deveria ser delimitada em sede de lei complementar, conforme dispõe o Código Tributário Nacional e a Constituição Federal, assim como careceria de ser considerado o aspecto material "operação financeira" para enumeração

das hipóteses.

A experiência internacional, especialmente na União Europeia, esclarece que o tributo não é cobrado nas operações financeiras cujo objeto seja diverso de relação negocial profissional. Finalmente, resta clara a inconstitucionalidade na cobrança do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) relativo às operações de crédito realizadas por intermédio de mútuo conversível cujo investidor não exerça profissionalmente o mútuo, sendo certo que a incidência minimiza a atração de investimentos em negócios inovadores e é proveniente de uma insegurança jurídica.

Notas

[1] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6306.htm

[2] Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-complementar-n-182-de-1-de-junho-de-2021-323558527>

[3] Ver em : https://www.inesul.edu.br/professor/arquivos_alunos/doc_1273442099.pdf

[4] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9779.htm

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-dez-30/catarina-linhares-contratos-mutuo-conversivel-startups/>