



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10972.720048/2014-16
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-013.474 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de setembro de 2023
Recorrente COMPANHIA MINEIRA DE AÇÚCAR E ÁLCOOL PARTICIPAÇÕES
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. APLICA-SE ART. 173, I, DO CTN. RESP 973.733-SC. RECURSO REPETITIVO.

O Superior Tribunal de Justiça, através do REsp nº 973.733-SC, sob a sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, decidiu que o prazo para contagem da decadência para o exercício do direito de constituir/formalizar o crédito tributário, no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por obrigação, quando inexistente pagamento antecipado, é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ser realizado, nos termos do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

OPERAÇÃO DE MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS. PESSOAS JURÍDICA NÃO FINANCEIRAS. INCIDÊNCIA.

O IOF incide sobre as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros, independentemente de eventual relação de controle ou coligação entre as pessoas jurídicas envolvidas e se aplica às empresas que não tenham natureza de instituições financeiras.

ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL - AFAC. CONDIÇÕES. INCIDÊNCIA DO IOF.

A falta de observação das condições e prazos para que se concretize o aumento de capital que motivou os adiantamentos para futuro aumento de capital - AFAC, implica a caracterização dessas operações como se mútuo entre interligadas fossem e as sujeita à incidência do IOF.

JUROS MORATÓRIOS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO. SÚMULA CARF Nº 108.

Incidem juros de mora, calculados pela taxa Selic, sobre a multa de ofício que não for paga até a data de seu vencimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade arguidas, e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Laércio Cruz Uliana Junior, que dava parcial provimento ao recurso voluntário em relação aos AFAC, desde que (1) fossem efetuados registros contábeis consignando os valores recebidos como Adiantamento para Futuro Aumento de Capital, (2) houvesse a efetiva destinação desses valores ao capital social da entidade e em data anterior ao início da ação fiscal; e (3) os valores integralizados de capital fossem exatamente iguais aos registadas como AFAC. Vencida a Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa, que dava provimento em maior extensão. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ari Vendramini, Laércio Cruz Uliana Junior, Wagner Mota Momesso de Oliveira (suplente convocado(a)), Juciléia de Souza Lima, Sabrina Coutinho Barbosa, Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe (Presidente).

Relatório

Por bem descrever os fatos, adota-se o relatório do Acórdão recorrido:

Trata-se de auto de infração relativo ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF, lavrado em 30/07/2014, relativo a fatos geradores ocorridos entre 01/01/2009 a 31/12/2011, no valor de R\$ 3.800.275,83. (e-fls. 1.629/1.637).

O Termo de Verificação Fiscal (TVF) integrante dos autos narra as constatações do procedimento e assim consigna as infrações detectadas:

V – INFRAÇÕES IOF – INSUFICIÊNCIA DE DECLARAÇÃO E RECOLHIMENTO – CRÉDITO ROTATIVO

Temos quatro ocorrências para essa infração que foram segregadas por contas analíticas:

PRIMEIRA OCORRÊNCIA

MÚTUOS CONSTANTES DA CONTA ANALÍTICA 1.2.1.01.003 CIA ENERG. ACUCAR E ALCOOL VALE DO TIJUCO (em 2009 e 2010) e 1.2.1.01.00003 - CIA ENERG.ACUCAR E ALCOOL VALE DO TIJUCO (em 2011)

Segundo descrevemos no Tópico IV, o contribuinte firmou contratos de mútuo/empréstimos com pessoas ligadas, na modalidade de conta corrente, registrados nessas contas, nos anos-calendário 2009 a 2011.

As operações de mútuo entre pessoas jurídicas estão sujeitas ao Imposto sobre Operações Financeiras – IOF, nos termos da Lei nº 9.779, de 1999, art. 13:

...

O Regulamento do IOF-RIOF, Decreto nº 6.306/2007, contempla essa hipótese de incidência no art. 2º, inciso I, alínea “c”.

A base de cálculo consta do art. 7º, Inciso I, alínea “a” do RIOF, que é o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês, inclusive na prorrogação ou renovação, e a alíquota incidente é 0,0041% ao dia. Existe o adicional constante do § 16 do art. 7º, cuja alíquota é 0,38%.

Consoante Termo de Início do Procedimento Fiscal (fls. 27 a 64), o contribuinte foi cientificado do demonstrativo dos saldos devedores diários e acréscimos devedores diários dessa conta, da apuração do IOF incidente sobre as operações de mútuo e das divergências verificadas após a exclusão dos valores de IOF confessados em DCTF/pagos.

Em resposta ao Termo de Início concordou em parte com os cálculos e solicitou:

- A exclusão de adições no valor de R\$2.993.188,71 que demonstrou mensalmente;*
- Que fosse considerado o pagamento de IOF efetuado em 21/05/2010 com código 3426, incorreto, no valor de R\$167.146,81.*

Os valores demonstrados pelo contribuinte são relativos aos valores do IOF incidente na operação contabilizados na conta analítica do mútuo em contrapartida de obrigações a recolher na conta analítica 2.1.4.01.003 IOF a recolher, posteriormente recolhidas via banco.

Segundo consta dos contratos apresentados (fls. 131 a 139), os ônus tributários incidentes sobre o mútuo deverão ser suportados pela mutuária.

Assim, correto o registro contábil do IOF incidente sobre os mútuos na conta que os controla, que deverão ser reembolsados pela mutuária, portanto, compõem os saldos devedores diários para fins de incidência do IOF devido mensalmente.

Conforme Termo de Intimação Fiscal de 17/07/2014 (fls. 97 a 98), verificamos o erro no recolhimento do DARF e intimamos o contribuinte a retificar a DCTF e o DARF. O contribuinte transmitiu a DCTF retificadora em 24/07/2014. O valor da divergência para o mês de 04/2010, após a correção resultou em:

...

Isso posto, foram objeto de lançamento de ofício na presente Infração todas as divergências constantes do Anexo II do Termo de Início, excluído o valor do DARF retificado.

No auto de infração, para o ano-calendário 2011 foram informados os valores totais das divergências de IOF relativos à PRIMEIRA e SEGUNDA ocorrências, conforme demonstrado no Anexo II do Termo de Início.

Acostamos nas fls. 1621 a 1622 o extrato das DCTF com os valores confessados e nas fls. 1623 a 1627 o extrato dos pagamentos constantes dos sistemas da Receita Federal.

Aplicamos a multa de ofício de 75%, prevista no inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007:

...

SEGUNDA OCORRÊNCIA

MÚTUOS CONSTANTES DA CONTA ANALÍTICA 1.2.1.01.00005 CIA ENERG AC ALCOOL TRIANGULO MINEIRO LT.

Segundo descrevemos no Tópico IV, o contribuinte firmou contratos de mútuo/empréstimos com pessoas ligadas, na modalidade de conta corrente, registrados nessa conta, no ano-calendário 2011.

As operações de mútuo entre pessoas jurídicas estão sujeitas ao Imposto sobre Operações Financeiras – IOF, nos termos da legislação já descrita na primeira ocorrência acima.

Consoante Termo de Início do Procedimento Fiscal (fls. 27 a 64), o contribuinte foi cientificado do demonstrativo dos saldos devedores diários e acréscimos devedores diários dessa conta, da apuração do IOF incidente sobre as operações de mútuo e das divergências verificadas após a exclusão dos valores de IOF confessados em DCTF/pagos.

Em resposta ao Termo de Início concordou em parte com os cálculos. As discordâncias estão relacionadas a valores registrados na conta analítica tratada na primeira ocorrência e não afetam essa conta analítica.

Isso posto, foram objeto de lançamento de ofício na presente Infração todas as divergências constantes do Anexo II do Termo de Início.

Acostamos nas fls. 1621 a 1622 o extrato das DCTF com os valores confessados e nas fls. 1623 a 1627 o extrato dos pagamentos constantes dos sistemas da Receita Federal.

Aplicamos a multa de ofício de 75%, prevista no inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007 transcrito na infração anterior.

No auto de infração, para o ano-calendário 2011, foram informados os valores totais das divergências de IOF relativos à PRIMEIRA e SEGUNDA ocorrências, conforme demonstrado no Anexo II do Termo de Início.

TERCEIRA OCORRÊNCIA

ANTECIPAÇÃO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL – AFAC REGISTRADOS NA CONTA ANALÍTICA 1.2.2.01.001 CIA ENERG.ACUCAR E ALCOOL VALE DO TIJUCO.

Verificamos a transferência de recursos de 09/01/2009 até 19/06/2009 contabilizados como AFAC nessa conta analítica, mediante vários lançamentos ao longo desse período.

Tais valores foram convertidos em aumento de capital na investida Vale do Tijuco Açúcar e Alcool S/A em 10/11/2010, consoante Nona Alteração do Contrato Social, ou seja, quase um ano e meio após o último aporte.

De acordo com os registros da Junta Comercial (fls. 1173 a 1297), constam três alterações contratuais no período de 01/01/2009 a 31/12/2010, da Vale do Tijuco Açúcar e Alcool S/A, CNPJ nº 08.493.354/0001-27:

- Sétima Alteração do Contrato Social – Firmada em 27/03/2009;*
- Oitava Alteração do Contrato Social – Firmada em 05/07/2010;*
- Nona Alteração do Contrato Social – Firmada em 10/11/2010.*

O AFAC, em princípio, é um empréstimo, e que assim será até que haja deliberação dos sócios para que este “empréstimo” seja capitalizado e passe a ser tratado como um aumento do capital.

A operação de AFAC consiste em capital financeiro posto à disposição de outra sociedade, destinado a aumento de seu capital social. Pode-se 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.

Logo, o AFAC 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.

Não há como se descaracterizar a natureza jurídica de mútuo do AFAC, pois sempre persiste a obrigação de restituir o montante emprestado, quer mediante devolução dos valores adiantados –quando não se concretiza o aumento de capital –, quer através da compensação, quando os recursos são utilizados para quitar o valor correspondente às ações adquiridas.

A Receita Federal vem desde longa data tratando como empréstimos os adiantamentos de recursos para futuro aumento de capital, conforme consta dos seguintes atos normativos e administrativos:

Ato Declaratório (Normativo) CST nº 9, de 1976:

...

Parecer Normativo CST nº 23, de 1981:

...

Parecer Normativo CST nº 23, de 1983:

...

O Parecer Normativo CST nº 17, de 1984, assim dispôs:

...

Posteriormente, em 08/09/1988, foi editada a Instrução Normativa SRF nº 127, de 1988, que disciplinou a matéria nos seguintes termos:

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

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

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

Pela análise das informações relativas ao caso concreto, verifica-se:

- Foram feitas várias transferências a título de AFAC ao longo do período de 09/01/2009 até 19/06/2009;
- Que ocorreu alteração do contratual posterior à remessa dos recursos sem a conversão dos mesmos em aumentos de capital;
- Transcorreu período de tempo superior a 120 dias após o encerramento do período base em que os recursos foram disponibilizados à coligada sem a conversão dos mesmos em aumentos de capital;
- Em parte das fichas Controle de Numerário, a transferência de recursos é caracterizada como mútuo e transferência;
- Não foram apresentados documentos nos quais se pudesse verificar o comprometimento de que tais recursos destinar-se-iam a futuro aumento de capital;
- Não identificamos na contabilidade o registro de IOF incidente nas operações constantes dessa conta analítica.

Por conseguinte, aplica-se ao presente caso a hipótese de incidência do IOF sobre operação de crédito prevista no art. 13 da Lei nº 9.779, de 1999, in verbis:

...

Demonstramos no Anexo I ao presente Termo, os saldos devedores diários e acréscimos devedores diários da conta analítica conta analítica 1.2.2.01.001 Cia Energ.Açúcar e Alcool Vale do Tijuco, e no Anexo II os valores devidos de IOF nos anos-calendário 2009 e 2010, que foram objeto de lançamento de ofício na presente infração.

Foi objeto de lançamento o IOF incidente desde janeiro/2009 até 09/11/2010, data em que foi firmada a alteração contratual de conversão do saldo da conta em aumento de capital.

Aplicamos a multa de ofício de 75%, prevista no inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007 já transcrito anteriormente.

No auto de infração, para os anos-calendário 2009 e 2010 foram informados os valores totais das divergências de IOF relativos à TERCEIRA e QUARTA ocorrências, também demonstrados no Anexo II ao presente Termo.

Acostamos nas fls. 1621 a 1622 o extrato das DCTF com os valores confessados e nas fls. 1623 a 1627 o extrato dos pagamentos constantes dos sistemas da Receita Federal.

QUARTA OCORRÊNCIA

ANTECIPAÇÃO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL – AFAC REGISTRADOS NA CONTA ANALÍTICA 1.2.2.01.002 CIA. ENERG. A E ALCOOL TRIANG MINEIRO (em 2009 e 2010) e 1.2.2.01.00002 - CIA. ENERG. A E ALCOOL TRIANG MINEIRO (em 2011)

Verificamos a transferência de recursos de 26/03/2009 até 10/06/2011 contabilizados como AFAC nessas contas analíticas, mediante vários lançamentos ao longo desse período.

Ocorre que, em 01/07/2011, o valor de R\$3.583.308,94 do saldo dessa conta foi transferido para a conta de mútuo 1.2.1.01.00005 Cia Energ Ac Álcool Triângulo Mineiro Lt. Com o histórico:

“VR REF RECLASSIFICACAO DE AFAC PARA EMPRESTIMOS ENTRE EMPRESAS LIGADAS CFE AUDITORIA”.

O saldo remanescente da conta de AFAC foi R\$50.000,00.

Ou seja, não ocorreu nenhuma integralização de capital na investida Triângulo Mineiro Açúcar e Álcool S/A, sendo os valores outrora transferidos como AFAC, reclassificados como mútuo.

Consoante Termo de Inicio do Procedimento Fiscal, o contribuinte foi intimado a esclarecer os motivos dessa reclassificação.

Transcrevemos os esclarecimentos prestados constante da resposta acostada nas fls. 69 a 70:

Item 7 e 8 – Em esclarecimentos a reclassificação das AFAC mencionados no item 7 do procedimento fiscal, esta reclassificação foi feita na época a pedido da Deloitte Touche Tohmatsu Limited, auditoria externa que nos auditava na época, devido a não termos previsão de integralização dos valores aportados como AFAC.

De acordo com os registros da Junta Comercial (fls. 1377 a 1487 e 1594 a 1620), constam duas alterações contratuais no período de 01/01/2009 a 31/12/2011, da Triângulo Mineiro Açúcar e Álcool S/A, CNPJ nº 07.902.586/0001-29:

No auto de infração, para os anos-calendário 2009 e 2010 foram informados os valores totais das divergências de IOF relativos à TERCEIRA e QUARTA ocorrências, também demonstrados no Anexo II ao presente Termo.

Acostamos nas fls. 1621 a 1622 o extrato das DCTF com os valores confessados e nas fls. 1623 a 1627 o extrato dos pagamentos constantes dos sistemas da Receita Federal.

...

Cientificada da autuação em 06/08/2014 (e-fl. 1.693), a interessada interpôs impugnação em 29/08/2014 (e-fls. 1.696/1.721).

Em síntese e fundamentalmente, alega a interessada: a decadência parcial do crédito tributário lançado (período janeiro a julho/2009); a inaplicabilidade do IOF a operações entre empresas não financeiras; a não sujeição das operações de conta corrente e de adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC) ao IOF por não se caracterizarem como mútuo; a incorreção na determinação da base de cálculo e valor apurado do IOF em relação às operações de AFAC; a inaplicabilidade da Selic sobre a multa de ofício lançada.

Em decisão unânime, a 14ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto julgou improcedente a impugnação, mantendo-se a integridade do crédito tributário constituído, em acórdão assim ementado:

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

Ano-calendário: 2009, 2010, 2011

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões judiciais e administrativas relativas a terceiros não vinculam os julgamentos emanados pelas Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO.

No caso de ausência de pagamento, o prazo do direito de a Fazenda Pública efetivar o lançamento começa a fluir a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele que poderia ter sido lançado extinguindo-se cinco anos após esta data.

OPERAÇÃO DE MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS. PESSOAS JURÍDICA NÃO FINANCEIRAS. INCIDÊNCIA.

O IOF previsto no art. 13 da Lei nº 9.779, de 1999, incide sobre as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros, independentemente de eventual relação de controle ou coligação entre as pessoas jurídicas envolvidas e se aplica às empresas que não tenham natureza de instituições financeiras.

ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL. CONDIÇÕES. MÚTUO.

A falta de observação das condições e prazos para que se concretize o aumento de capital que motivou os adiantamentos para futuro aumento de capital - AFAC, implica a caracterização dessas operações como mútuo entre empresas e as sujeita à incidência do IOF.

BASE DE CÁLCULO. CONTA CORRENTE. VALOR NÃO DEFINIDO.

A base de cálculo do imposto quando não há fixação prévia do valor do principal a ser utilizado pelo mutuário, caso de operações de crédito praticadas por meio de conta corrente, é a somatória dos saldos devedores diários apurada no último dia de cada mês.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. SELIC.

Incidem juros de mora calculados pela taxa Selic sobre a multa de ofício que não for paga até a data de seu vencimento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada, a recorrente, em sede de recurso voluntário, reiterou os argumentos contidos na impugnação, requerendo que se reforme a decisão da Delegacia de Julgamento, e expõe, em breve relato, o seguinte:

- 1) Decadência do direito do fisco de constituir o crédito tributário lançado sobre os meses de janeiro a julho de 2009, não cabendo a aplicação do art. 173, I, do CTN;
- 2) Entende ser inaplicável o IOF no caso de operações entre duas empresas não financeiras;
- 3) Contratos de conta corrente entre empresas do mesmo grupo econômico não se sujeitam à incidência do IOF;

- 4) Não é admissível a incidência do IOF sobre Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital (AFAC);
- 5) Há inconsistências na apuração da base de cálculo, *“ainda que considerado devido, o IOF teria de ser calculado com base no regime de tributação que prevê a incidência sobre o valor inicial da operação, inclusive com aplicação do limite de 1,5%, e não com base em saldos devedores diários”*;
- 6) É inaplicável juros de mora (Selic) sobre a multa de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

Preliminar

A recorrente defende a incidência de decadência, em relação às competências de janeiro a julho de 2009, pela aplicação da regra do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

Segue, em sua exposição, que não seria aplicável ao caso o art. 173, I, do CTN, pois afirma haver realização de recolhimentos de IOF, e entende, também, que:

“(…) o fato de haver ou não haver antecipação do pagamento não tem o condão de alterar o termo inicial de contagem do prazo decadencial dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, pois o que é objeto da homologação é sem dúvida a **atividade de apuração** feita pelo contribuinte, e não o **pagamento** do tributo.”
(destaque no original)

Por fim, a recorrente ampara seu argumento com julgados do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais proferidos nos anos de, respectivamente, 2008 (Acórdão nº 197-00.005) e 2009 (Acórdão nº 9101-000.300).

Vejamos o que dispõe o CTN:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(…)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

(...)

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Em relação aos julgados colacionados pela recorrente, bem observou a decisão de piso, porquanto “os julgados são anteriores ao entendimento que restou firmado no STJ, vinculante também para aquela esfera de julgamento administrativo”.

Conforme consta no Anexo da Nota PGFN nº 1.114/12, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) emitiu sua decisão acerca da matéria, em sede de recursos repetitivos, no REsp nº 973.733/SC:

“II – Julgamentos submetidos à sistemática do art. 543-C (recursos repetitivos) do Código de Processo Civil desfavoráveis à Fazenda Nacional.

(...)

2 - RESP 973.733/SC

Relator: Min. Luiz Fux

Recorrente: INSS

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Data de julgamento: 12.08.2009

Resumo: Impossibilidade de aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º e 173 do CTN para determinação do prazo decadencial na constituição do crédito tributário pelo Fisco, nas hipóteses em que o contribuinte não declara, nem efetua o pagamento antecipado do tributo sujeito a lançamento por homologação. Vide Parecer PGFN/CAT 1617/2008.

DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA DECIDIDA: o STJ decidiu que o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN 173, I), nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito, inaplicando-se cumulativamente os prazos previstos nos arts. 150, § 4º, e 173, I, do CTN. Com relação à competência do mês de dezembro, considerando que o seu lançamento deve ser feito em janeiro do ano seguinte, a contagem do prazo se inicia no ano seguinte ao que o lançamento deveria ter sido realizado. Exemplo: fato gerador ocorrido em dezembro de 2011, o lançamento deveria ser feito em janeiro de 2012, não sendo realizado, o prazo quinquenal só é contado para o Fisco constituir o crédito, a partir de janeiro de 2013.” (destaquei)

Ademais, como constatado pela auditoria fiscal, o extrato de pagamentos comprova a ausência de recolhimentos de IOF nos períodos de janeiro a julho de 2009, sendo que o primeiro pagamento identificado se deu na apuração do 4º decêndio de setembro daquele ano.

Em relação ao período de apuração de janeiro a setembro de 2009, para os quais não houve recolhimento, aplica-se a contagem prevista no art. 173, I, do CTN, portanto, tem-se como data fatal para ciência do lançamento 31/12/2014. Quanto aos períodos a partir de setembro de 2009, uma vez constatados os recolhimentos, o prazo conta-se pelo previsto no art. 150, § 4º, do CTN. Como a ciência da autuação deu-se em 06/08/2014, reputa-se regular a exigência.

Nesse sentido, não há que se falar em decadência.

Mérito

1. Das operações de conta corrente e da base de cálculo

A recorrente pugna pela inaplicabilidade do IOF em operações entre empresas não financeiras e pela não incidência do imposto sobre operações de conta corrente.

Necessário repassar o que a legislação tributária expõe como fundamentos para a tributação do IOF.

O imposto sobre operações de crédito encontra-se autorizado pelo previsto no art. 153, V, da CF/88:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

O CTN estabelece, em seu art. 63, que, nas operações de crédito, o fato gerador do IOF é a entrega total ou parcial do crédito ou a sua colocação à disposição do beneficiário:

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;

O art. 13 da Lei nº 9.779/99 determina que as operações de crédito entre pessoas jurídicas seguem a incidência de IOF segundo as normas aplicáveis às operações de instituições financeiras:

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.

O mesmo texto encontra-se presente no art. 2º, I, “c” do Decreto nº 6.306/07, que regulamenta o IOF.

Art. 2º O IOF incide sobre:

I - operações de crédito realizadas:

(...)

c) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, art. 13);

A recorrente apoia-se no voto vencedor do Acórdão nº 3101-001.094, relativo ao julgamento do Processo nº 11080.015070/2008-00, para o qual não cabe incidência do IOF sobre as operações de conta corrente.

Contudo, houve reforma da referida decisão através do Acórdão nº 9303-005.282, tendo como redator do Voto Vencedor o Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, em decisão assim ementada:

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

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2005

DISPONIBILIZAÇÃO E/ OU TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS A OUTRA PESSOA JURÍDICA

A disponibilização e/ ou a transferência de créditos financeiros a outras pessoas jurídicas, ainda que realizadas, sem contratos escritos, mediante a escrituração contábil dos valores cedidos e/ ou transferidos, constitui operação de mútuo sujeita à incidência do IOF.

(Processo nº 10314.008148/2004-44, julgamento de 17/08/2017)

Ademais, diversas são as decisões no mesmo sentido no âmbito do CARF, inclusive desta nobre turma de julgamento, conforme as seguintes ementas parciais:

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

Ano-calendário: 2009, 2010

DISPONIBILIZAÇÃO E/OU TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. OPERAÇÃO DE CONTA-CORRENTE. APURAÇÃO PERIÓDICA DE SALDOS CREDORES E DEVEDORES. INCIDÊNCIA.

A disponibilização e/ ou a transferência de recursos financeiros a outras pessoas jurídicas, ainda que realizadas sem contratos escritos, mediante a escrituração contábil dos valores cedidos e/ ou transferidos, com a apuração periódica de saldos devedores, constitui operação de mútuo sujeita à incidência do IOF.

(Acórdão nº 9303-009.257, Processo nº 10480.725110/2014-90, julgamento de 13.08.2019, Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal)

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

Ano-calendário: 2009, 2010

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

A entrega ou colocação de recursos financeiros à disposição de terceiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, havendo ou não contrato formal e independente do nomen juris que se atribua ao ajuste, consubstancia hipótese de incidência do IOF, mesmo que

constatada a partir de registros ou lançamentos contábeis, ainda que sem classificação específica, mas que, pela sua natureza, importem colocação ou entrega de recursos à disposição de terceiros.

(Acórdão nº 3401-004.340, Processo nº 15504.723993/2015-82, julgamento de 30.01.2018, Conselheiro Robson José Bayerl)

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

Ano-calendário: 2013, 2014, 2015

OPERAÇÕES DE CRÉDITO. MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS. CONTRATO DE CONTA CORRENTE. INCIDÊNCIA DE IOF.

O mecanismo de conta corrente mantido entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, pelo qual uma disponibiliza à outra recursos financeiros que deverão ser restituídos ao cabo de prazo determinado ou indeterminado, configura operação correspondente a mútuo sobre a qual incide IOF, segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.

(Acórdão nº 3301-005.578, Processo nº 15504.727141/2017-26, julgamento de 12.12.2018, Conselheiro Valcir Gassen)

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

Ano-calendário: 2014

IOF. MÚTUO. OPERAÇÃO DE CONTA CORRENTE. GESTÃO DE CAIXA ÚNICO. DISPONIBILIZAÇÃO E/OU TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. INCIDÊNCIA.

A disponibilização e/ ou a transferência de recursos financeiros a outras pessoas jurídicas (coligadas), ainda que realizadas sem contratos escritos, mediante a escrituração contábil dos valores cedidos e/ ou transferidos, com a apuração periódica de saldos devedores, constitui operação de mútuo sujeita à incidência do IOF

(Acórdão nº 3302-012.776, Processo nº 19515.720077/2019-46, julgamento de 17.12.2021, Conselheiro Vinícius Guimarães)

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

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2014

OPERAÇÃO DE CRÉDITO ENTRE EMPRESAS LIGADAS. CONTA CORRENTE CONTÁBIL. INCIDÊNCIA DE IOF. OPERAÇÃO DE CRÉDITO CORRESPONDENTE À MÚTUO FINANCEIRO.

Os aportes de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ligadas sem prazo e valor determinado, realizado por meio de lançamentos em conta corrente contábil, caracterizam as operações de crédito correspondentes a mútuo financeiro previsto no art. 13 da Lei nº 9.779/1999, independente da formalização de contrato, já que o imposto em análise não incide sobre formas jurídicas, e cuja base de cálculo do IOF é o somatório dos saldos devedores diários apurados no último dia de cada mês quando não houver valor prefixado.

(Acórdão nº 3301-006.520, Processo nº 10746.721264/2016-14, julgamento de 24.07.2019, Conselheiro Salvador Cândido Brandão Junior)

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

Ano-calendário: 2011, 2012

IOF. OPERAÇÃO DE CRÉDITO. CONTRATO DE CONTA CORRENTE. DISPONIBILIZAÇÃO DE RECURSOS.

A disponibilização de recursos aos pactuantes de contrato de conta corrente configura operação de crédito para fins de incidência do IOF, a qual possui aceção ampla dada pela lei, alcançando a colocação ou entrega de recursos à disposição de terceiros, como as decorrentes de registros ou lançamentos contábeis ou sem classificação específica.

(Acórdão CARF nº 3301-005.350, Processo nº 10380.730530/2016-88, julgamento de 23.10.2018, Conselheira Liziane Angelotti Meira)

Esta última decisão, inclusive, foi integralmente confirmada pelo Acórdão nº 9303-009.885 da 3ª Turma da CSRF.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.239.101/RJ (DJe 10/09/2011), de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, decidiu de forma convergente:

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

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

2. Recurso especial não provido.

Ao disciplinar o tratamento das operações das pessoas jurídicas às das instituições financeiras, o legislador não o fez especificamente para os contratos de mútuo, mas sim com base nas operações de crédito equiparadas a mútuo. Foi opção legislativa não restringir a incidência do tributo apenas às situações em que formalmente o contrato seja de mútuo, escrito ou não.

As operações de crédito entre pessoas jurídicas são pactuadas sob amparo dos mais variados institutos jurídicos, além dos contratos de mútuo, como o caso de recursos disponibilizados pelas *holdings* a suas controladas, formalizados como contratos de conta corrente. Não haveria incidência do IOF nessas operações, caso a legislação restringisse o fato gerador apenas às situações formalmente reconhecidas como contrato de mútuo.

Com o objetivo de garantir a segurança jurídica, a incidência do fato gerador foi apartada das discussões sobre a denominação dos institutos específicos do direito civil. Assim, independente de acordos particulares, se uma pessoa jurídica concede crédito a outra, da mesma forma que o mútuo, o IOF incidirá.

É nesse sentido que rege o art. 7º, § 13 do Decreto nº 6.306/07:

Art 7º ...

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

Entendo como suficientes os elementos acima para dirimir a questão da tributação sobre as operações da recorrente, tendo em vista que as decisões resolvem que, sobre as operações de conta corrente, sujeitam-se à incidência do IOF.

Conforme os autos, a autoridade fiscal constatou que a recorrente mantinha registros em contas contábeis referentes a operações de mútuo com pessoas jurídicas a ela ligadas, materializadas nas contas contábeis 1.2.1.01.003 CIA ENERG. ACUCAR E ALCOOL VALE DO TIJUCO (em 2009 e 2010) e 1.2.1.01.00003 - CIA ENERG. ACUCAR E ALCOOL VALE DO TIJUCO (em 2011) e conta analítica 1.2.1.01.00005 CIA ENERG AC ALCOOL TRIANGULO MINEIRO LT. (em 2011), nos termos do que dispõe o art. 13 da Lei nº 9.779/99.

Os contratos de mútuo estipulavam um limite máximo de crédito a ser disponibilizado e os demais documentos internos, como controle de numerário, comprovantes de operações bancárias e extratos apresentados, levaram à autoridade fiscal concluir que se tratava de mútuo na modalidade crédito rotativo.

Portanto, como não foi produzida qualquer comprovação pela recorrente de que as operações, de fato, caracterizavam-se como conta corrente, correta a determinação da base de cálculo pela somatória dos saldos devedores diários, nos termos do art. 7º, I, "a", do Decreto nº 6.306/07, c/c art. 7, § 2º da Instrução Normativa RFB nº 907/09.

Decreto nº 6.306/07

Da Base de Cálculo e das Alíquotas Reduzidas

Art. 7º **A base de cálculo** e respectiva alíquota reduzida do IOF são (Lei nº 8.894, de 1994, art. 1º, parágrafo único, e Lei nº 5.172, de 1966, art. 64, inciso I):

I - **na operação de empréstimo, sob qualquer modalidade**, inclusive abertura de crédito:

a) **quando não ficar definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário, inclusive por estar contratualmente prevista a reutilização do crédito, até o termo final da operação, a base de cálculo é o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês, inclusive na prorrogação ou renovação:**

(...)

Instrução Normativa RFB nº 907/09

Da Incidência do IOF sobre Operações de Mútuo

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. (destaquei)

Deste modo, nego provimento ao recurso neste tema.

2. Das operações de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital – AFAC

Necessário se faz a incursão sobre a instrumento do Adiantamento para Futuro Aumento de Capital – AFAC.

Nessa seara, a decisão recorrida muito bem condensou o conceito do AFAC:

“Tem-se por AFAC a operação em que uma pessoa (no caso, pessoa jurídica) remete valores a uma empresa sua coligada/controlada, para que esses montantes sejam utilizados como futuro aporte de capital. Quando ocorre a conversão em capital do recurso disponibilizado na receptora, tem-se, como contrapartida, a criação de ações da investida em favor da investidora.”

A recorrente defende que “a figura do Adiantamento para Futuro Aumento de Capital não se configura como um empréstimo, e muito menos como um mútuo, não podendo, portanto, se sujeitar à incidência do IOF”.

Seu entendimento reside no fato que o AFAC não possui natureza de transferência de recursos temporária, como acontece no mútuo, que gera uma obrigação de restituir os valores recebidos, e, ao contrário, esse mecanismo tem por objetivo a transferência definitiva de recursos, sob a forma de aumento de capital da sociedade investida.

Em contrapartida, a autoridade fiscal possui entendimento diverso:

“A operação de AFAC consiste em capital financeiro posto à disposição de outra sociedade, destinado a aumento de seu capital social. Pode-se 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.

Logo, o AFAC 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.

Não há como se descaracterizar a natureza jurídica de mútuo do AFAC, pois sempre persiste a obrigação de restituir o montante emprestado, quer mediante devolução dos valores adiantados – quando não se concretiza o aumento de capital –, quer através da compensação, quando os recursos são utilizados para quitar o valor correspondente às ações adquiridas.”

Nessa temática, amparo-me na análise do Conselheiro Robson José Bayerl, no julgamento do Processo nº 15504.723993/2015-82, formalizado sob o Acórdão nº 3401-004.340, sobre o instituto perquirido, adotando as suas razões de decidir:

“(…) após pesquisa sobre o tema, constatei que esta figura, a despeito de conhecida e admitida na área contábil e fiscal, não possui tratamento legal específico, não existindo regulamentação em diploma de envergadura legal, mas apenas em atos opinativos e normativos da Secretaria da Receita Federal e Conselho Federal de Contabilidade – CFC.

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

“4.4. Lucro à Disposição da Assembléia

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

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

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

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

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

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

“Não é exigível a observância ao disposto no art. 21 do Decreto-Lei nº 2.065/83 à pessoa jurídica que fizer adiantamento de recursos financeiros, sem remuneração, para sociedade coligada, interligada ou controlada, desde que: 1) o adiantamento se destine, específica e irrevogavelmente, ao aumento do capital

social da beneficiária, e 2) a capitalização se processe, obrigatoriamente, por ocasião da primeira AGE ou alteração contratual posterior ao adiantamento ou, no máximo, até 120 dias contados do encerramento do período-base da sociedade tomadora dos recursos.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (AFAC)

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

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

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

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

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

E, após tais considerações, passou a expor seu entendimento sobre a incidência do IOF sobre os recursos transferidos e/ou disponibilizados às interdependentes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A despeito da ausência de lei em sentido estrito, deve ser reconhecido que há legislação que alberga o tema, tomada a acepção do termo “legislação” na forma do arts. 96 e 100, I do CTN, o que respaldaria a validade da IN SRF 127/88 ao assinalar os requisitos de validade do AFAC, para efeito de desqualificar-se como mútuo, sem que, com isso, haja qualquer afronta às disposições do art. 97 do mesmo diploma legal, uma vez que não há instituição, extinção, majoração ou redução de tributos, fixação de alíquota ou base de cálculo, ou mesmo definição de fato gerador, mas tão-somente estipulação de obrigações acessórias.

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

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

A decisão fora emendada do seguinte modo:

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

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

Nos termos da legislação apresentada, os valores disponibilizados ou entregues a terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, configuram operação de crédito e, por consequência, possuem o mesmo tratamento aplicado ao contrato de mútuo. Logo, a transferência de recursos, de pessoas jurídicas interdependentes pela controladora/coligada qualifica-se, sob o aspecto tributário, como se mútuo fosse.

Assim, para que o AFAC não configure operação de crédito, requer-se a comprovação do preenchimento dos requisitos: compromisso formal prévio irrevogável e a capitalização dos recursos por ocasião da primeira AGE ou alteração contratual posterior à liberação dos recursos.

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

“ANTECIPAÇÃO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL – AFAC REGISTRADOS NA CONTA ANALÍTICA 1.2.2.01.001 CIA ENERG.ACUCAR E ALCOOL VALE DO TIJUCO.

(...)

Pela análise das informações relativas ao caso concreto, verifica-se:

- Foram feitas várias transferências a título de AFAC ao longo do período de 09/01/2009 até 19/06/2009;
- Que ocorreu alteração do contratual posterior à remessa dos recursos sem a conversão dos mesmos em aumentos de capital;
- Transcorreu período de tempo superior a 120 dias após o encerramento do período base em que os recursos foram disponibilizados à coligada sem a conversão dos mesmos em aumentos de capital;

- Em parte das fichas Controle de Numerário, a transferência de recursos é caracterizada como mútuo e transferência;
- Não foram apresentados documentos nos quais se pudesse verificar o comprometimento de que tais recursos destinar-se-iam a futuro aumento de capital;
- Não identificamos na contabilidade o registro de IOF incidente nas operações constantes dessa conta analítica.

(...)

ANTECIPAÇÃO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL – AFAC REGISTRADOS NA CONTA ANALÍTICA 1.2.2.01.002 CIA. ENERG. A E ALCOOL TRIANG MINEIRO (em 2009 e 2010) e 1.2.2.01.00002 - CIA. ENERG. A E ALCOOL TRIANG MINEIRO (em 2011)

(...)

Pela análise das informações relativas ao caso concreto, verifica-se:

- Foram feitas várias transferências a título de AFAC ao longo do período de 26/03/2009 até 10/06/2011;
- Que ocorreram várias alterações contratuais posteriores à remessa dos recursos sem a conversão dos mesmos em aumentos de capital;
- Transcorreu período de tempo superior a 120 dias após o encerramento do período base em que os recursos foram disponibilizados à coligada sem a conversão dos mesmos em aumentos de capital;
- Não foram apresentados documentos nos quais se pudesse verificar o comprometimento de que tais recursos destinar-se-iam a futuro aumento de capital;
- Nas fichas de Controle de Numerário apresentadas, as transferências foram caracterizadas como: mútuo, empréstimo, transferência de valores, adiantamento e transferência para pagamento de fornecedores. Nenhum dos documentos apresentados caracterizou as transferências como AFAC.
- Não identificamos na contabilidade o registro de IOF incidente nas operações constantes dessa conta analítica.
- Restou frustrado o suposto aumento de capital a que se destinaria a transferência dos recursos;
- Os valores foram reclassificados para mútuo em 01/07/2011, por falta de previsão de integralização de capital dos valores aportados.

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

Em consequência, está correta a determinação da base de cálculo do IOF pela somatória dos saldos devedores diários, nos termos do art. 7º, I, "a", do Decreto nº 6.306/07.

Assim, mantenho a decisão recorrida e considero correto o lançamento efetuado.

3. Da incidência de juros de mora (Selic) sobre a multa de ofício lançada

Defende a recorrente que os “*débitos decorrentes de tributos e contribuições*”, como previsto no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, devem englobar, apenas, o valor do principal relativo à obrigação tributária não paga no vencimento.

Este tema está pacificado no âmbito deste Conselho e é objeto da Súmula CARF nº 108, assim formalizada:

Súmula CARF nº 108

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).

Conclusão

Diante de todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe

Declaração de Voto

Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa.

Com toda admiração e respeito pelo i. Relator, divergi e fiz ponderações em relação a duas temáticas: a) eleição da base de cálculo do IOF nas operações de conta corrente; e, b) impossibilidade de se exigir IOF nas operações de AFAC.

A *priori*, peço venia para destacar que adoto a corrente que afasta o IOF nas operações de conta corrente, eis que inconfundível com o contrato de mútuo. Consabido que neste, há empréstimo com a entrega do valor cedido pelo mutuante ao mutuário (com transferência de patrimônio – art. 587 do Código Civil). O mutuário, como favorecido do contrato de crédito, é o único obrigado da relação negocial que contrai o dever de devolver a coisa de igual gênero, qualidade e quantidade (art. 586 do Código Civil), com encargos legais (oneroso), ou não (gratuito).

Enquanto que o contrato de conta corrente visa auxiliar até mesmo, simplificar as relações comerciais com a concentração do fluxo de caixa das empresas coligadas, interligadas, controladora e controlada. Apenas com a liquidação da conta, após as devidas compensações dos

créditos e débitos lançados, será possível verificar se, eventualmente, restaram credor e devedor. Mesmo assim, os sujeitos se confundem como ensinam SHOUEIRI e GALDINO (2023¹):

Ressalte-se ainda que, no âmbito do contrato de conta corrente, sequer cabe falar de uma espécie de “função financiadora da conta”⁶⁵, visto que é da própria natureza do contrato que a disposição dos polos só se defina com o encerramento da conta. Por isso, não há sentido em verificar, durante a vigência da conta, se houve ou não uma movimentação desproporcional entre as partes. Novamente, por ser um direito o envio de remessas, é faculdade das partes enviá-las, sendo, porém, um dever recebê-las e lançá-las na conta corrente⁶⁶. Daí que a análise das movimentações é incompatível com a própria natureza do contrato de conta corrente firmado entre as partes.

Tampouco seria correto dizer que haveria um mútuo no encontro de contas em virtude de se constatar um crédito restante para uma das partes. Além de isso não ser uma consequência necessária, dada a possibilidade de plena compensação dos créditos e débitos anotados na conta comum (caderneta), o que ocorre no encontro de contas revela a natureza distinta do contrato de conta corrente em face do mútuo. Afinal, o núcleo do contrato de conta corrente não repousa no crédito, já que sequer se sabe se haverá um credor/devedor e, caso haja um, quem. Enquanto a causa do mútuo reside no uso e disponibilidade de um bem fungível, sendo que a propriedade sobre ele é transferida ao mutuário, a causa do contrato de conta corrente está em facilitar as relações negociais entre as partes mediante uma conta comum (caderneta), cuidando das entradas e saídas de créditos e débitos (bens, serviços, dinheiro etc.), que porventura venham a ocorrer.

Aproveito para adotar a definição dada por SHOUEIRI e GALDINO, que de forma precisa e didática, discorrem sobre as características de cada operação:

Em primeiro lugar, a causa do mútuo reside no uso e disponibilidade de um bem fungível, sendo que a propriedade sobre ele é transferida ao mutuário. Por sua vez, no caso do contrato de conta corrente, para facilitar as relações negociais entre as partes, elas estabelecem uma conta comum (caderneta), cuidando das entradas e saídas de créditos e débitos (bens, serviços, dinheiro etc.), que porventura venham a ocorrer⁵⁷.

Nota-se: conforme explica Pontes de Miranda, no contrato de conta corrente, não se pode confundir o acordo de vontades “a respeito dos lançamentos e mais anotações” com as próprias operações realizadas pelos titulares. Assim, o objeto desse contrato é, em verdade, de “regulação das chegadas”, já que ela possui a função operacional de facilitar outros contratos, sendo, por isso, um “contrato normativo”, dado que “[a] origem dos créditos e dos débitos que se lançam é diversa da origem da conta corrente e da própria conta corrente”. Desse modo, existe tão somente “o dever de lançar os créditos de um e de outro, e, para o outro figurante, o de ater-se a esses lançamentos e anotações”⁵⁸.

Por isso, no contrato de conta corrente, eventual uso e disponibilidade de bem fungível é contingente. Não sendo, portanto, a razão pela qual as partes negociaram o contrato. Já, no mútuo, o motivo do acordo de vontades reside justamente no uso e disponibilidade de bem fungível.

Em segundo lugar, enquanto o mútuo é contrato real, já que a transferência do domínio sobre a coisa fungível é pressuposto de existência desse contrato, o contrato de conta corrente é consensual⁵⁹, pois as remessas efetuadas em seu âmbito já fazem parte da sua execução, i.e., encontram-se no plano da eficácia do negócio jurídico, e não no da sua existência.

¹ SHOUEIRI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre Mútuo de Recursos Financeiros abrange Contratos de Conta Corrente? Revista Direito Tributário Atual nº 53. ano 41. p. 261-302. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre 2023. Pág. 267/268).

Em terceiro lugar, haja vista que, no mútuo, a transmissão do direito de propriedade sobre a coisa fungível configura pressuposto de existência do negócio, somente o mutuário possui obrigação – qual seja, a de restituir coisa equivalente (gênero, qualidade e quantidade). Daí o mútuo ser um contrato unilateral. Por outro lado, é marcante, no contrato de conta corrente, o fato de todos os contratantes se obrigarem a receber as remessas e a anotá-las na conta corrente. Justamente por isso, a conta corrente é contrato bilateral⁶⁰.

Em quarto lugar, necessariamente o contrato de conta corrente é oneroso⁶¹, ao passo que o mútuo pode ser gratuito. Note-se: isso não significa dizer que, no contrato de conta corrente, a onerosidade resida na cobrança de juros⁶². A onerosidade do contrato de conta corrente está na simplificação das relações jurídicas de todos, de maneira que todos os contratantes auferem vantagens econômicas com o contrato. A onerosidade no contrato de mútuo, por sua vez, só pode residir, e apenas se assim determinarem as partes, na incidência de juros.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 590.186/RG (Certidão de Julgamento em 11/10/2023), se debruçou sobre o tema, tendo fixado a seguinte tese:

É constitucional a incidência do IOF sobre operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, não se restringindo às operações realizadas por instituições financeiras.

O Emin. Ministro Relator Dr. Cristiano Zanin ao examinar o texto do art. 13 da Lei 9.779/99, reconhece que o IOF-crédito também alcança o mútuo contratado entre empresas do mesmo grupo econômico (particulares), ainda que nenhuma delas seja instituição financeira, peço vênia para transcrever parte do voto:

(...)

À luz de tais noções que orientaram a Suprema Corte no julgamento da ADI 1.763/DF, não há como fugir à compreensão de que o mútuo de recursos financeiros de que trata o art. 13 da Lei 9.779/99 – ainda que considerado empréstimo da coisa fungível “dinheiro” (art. 568 do Código Civil) e ainda que realizado entre particulares – se insere no tipo “operações de crédito”, sobre o qual a Constituição autoriza a instituição do IOF (art. 153, V), já que se trata de negócio jurídico realizado com a finalidade de se obter, junto a terceiro e sob liame de confiança, a disponibilidade de recursos que deverão ser restituídos após determinado lapso temporal, sujeitando-se aos riscos inerentes.

A corroborar a amplitude da expressão “operações de crédito” a que se refere o texto constitucional, acrescento a lição de Roberto Quiroga Mosquera:

Claro está, pois, que o imposto sobre operações de crédito, previsto no artigo 153, inciso V, da Constituição Federal poderá incidir sobre negócios jurídicos nos quais alguém efetua uma prestação presente contra uma prestação futura, ou seja, é a operação por intermédio da qual alguém efetua uma prestação presente, para ressarcimento dessa prestação em data futura .

Dentro do conceito acima exposto, enquadram-se inúmeras espécies de operações de crédito. Operações entre: a) pessoas físicas; b) pessoas físicas e pessoas jurídicas; c) pessoas jurídicas. Além do que, poderão existir operações de crédito realizadas entre: a) pessoas, físicas ou jurídicas, não financeiras; [...]. O que queremos demonstrar é que as operações de crédito nem sempre são realizadas com entidades financeiras. O mútuo, como operação comercial, não se enquadra, em princípio, na definição de operação financeira .

[...]

Portanto, o legislador constitucional atribuiu à União uma gama variada de operações de crédito, passíveis de tributação pelo imposto previsto no artigo 153, inciso V, do Texto Maior. Cabe ao legislador ordinário, quando do exercício da prerrogativa que lhe foi atribuída pelo citado artigo 153, prescrever, em Lei Ordinária, as operações de crédito que pretende ver tributadas. Ele poderá elencar todas e quaisquer operações de crédito ou apenas algumas. Poderá eleger apenas aquelas nas quais aparece a entidade financeira como parte da relação ou, ainda, aquelas nas quais as partes são pessoas não financeiras etc. (Tributação no mercado financeiro e de capitais. 1998, São Paulo: Dialética. p. 108). (destaquei)

(...)

Assim, não se há de falar em exclusividade da função regulatória do IOF, de modo que sua incidência seja restrita a operações atinentes ao mercado financeiro, como aliás já decidiu esta Suprema Corte ao julgar o Tema 102 da repercussão geral (RE 583712, rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 2/3/2016).

Mesmo sem abordar o argumento expressamente, decidiu-se na ocasião pela constitucionalidade da incidência do IOF sobre o negócio jurídico de transmissão de títulos e valores mobiliários, tais como ações de companhias abertas e respectivas bonificações. Tal hipótese de incidência do IOF, evidentemente, nada tem de caráter regulador do sistema monetário e financeiro, o que não foi empecilho para considerá-la constitucional.

Desta forma, não merece acolhida o argumento de que, em face do caráter extrafiscal do imposto, seria inconstitucional a incidência do IOF sobre mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas não integrantes do sistema financeiro, na forma prevista no artigo 13 da Lei 9.779/99.

Por fim, considero relevante o argumento, levantado por ambos os amici curiae, de que o IOF não poderia incidir sobre contratos de conta corrente entre empresas de um mesmo grupo econômico, mediante a reunião de seus caixas individuais em um caixa único, ao qual todas têm acesso para o pagamento de gastos e realização de investimentos. A ideia é que a conta corrente se diferencia do contrato de mútuo.

Tal debate, todavia, não pode ser enfrentado nos presentes autos.

(...)

Do *decisum* sobressai um importante ponto, analisou-se a legislação (artigo 13 da Lei 9.779/99), sob a perspectiva dos contratos de mútuo firmados entre empresas coligadas/interligadas, unicamente. E, como dito, anteriormente, os instrumentos mútuo e conta corrente, não se misturam.

Diante das particularidades que, a meu ver, inexistem subsunção do fato à norma para incidência do IOF nos contratos de conta corrente, sendo hipótese para incidência o mútuo (Dec. nº 6.306/2007 e Lei nº 9.779/99).

Traçadas as premissas, acompanhei o Relator quanto à existência de mútuo, puramente, em razão da presença de contratos de mútuo e pagamento de IOF sobre os aportes incorridos pela Recorrente, fato corroborado por ela e atestado pela Autoridade Fiscal. No entanto, entendi pertinente fazer considerações sobre a base de cálculo do IOF eleita pela Autoridade Fiscal.

Restou mantida pelo Relator como base de cálculo do IOF a somatória dos saldos devedores diários apurada no último dia de cada mês (art. 7º, I, "a", do Decreto nº 6.306/07), eis que ausente demonstração dos valores transacionados pela Recorrente (efetivamente entregues como mútuo), bem como, em razão do limite máximo de crédito disponibilizado constante nos contratos seguindo, assim, a conclusão da Autoridade Fiscal que a operação configurava mútuo na modalidade crédito rotativo.

Incontroverso que o fato gerador do IOF é a data da efetiva entrega do valor objeto da obrigação ou colocado à disposição do beneficiário, a teor dos artigos 3º do Dec. nº 6.306/2007 e 13 da Lei nº 9.779/99. Ocorrido o fato gerador, a base de cálculo do contrato de empréstimo será aquela tratada no art. 7º do Decreto nº 6.306/2007, a saber: (i) saldos devedores diários, se não definido o valor do principal (art. 7º, I, "a", do Decreto nº 6.306/07); ou, (ii) o valor entregue ao beneficiário, quando fixado (art. 7º, I, "b", do Decreto nº 6.306/07).

Refletindo sobre a Solução de Consulta DISIT nº 11/2013, conclui-se que será considerado crédito rotativo quando desconhecido o valor do principal disponibilizado, caso contrário, considerar-se-á crédito fixo, vejamos:

b) Na apuração da base de cálculo do IOF, é preciso conhecer a modalidade da operação contratada, ou seja, se há definição (crédito fixo) ou não (crédito rotativo) do valor do principal a ser utilizado pelo mutuário.

c) Nas operações de crédito realizadas por meio de conta-corrente sem definição do valor de principal (crédito rotativo), a base de cálculo será o somatório dos saldos devedores diários, apurado no último dia de cada mês. Os acréscimos e os encargos integram a base de cálculo quando o IOF for apurado pelo somatório dos saldos devedores diários e o IOF também incidirá sobre o somatório mensal dos acréscimos diários dos saldos devedores, à alíquota adicional de 0,38%14.

d) Na hipótese de crédito rotativo, para a apuração do saldo devedor de determinado dia (ainda que seja o primeiro dia do mês), em suma, leva-se em consideração o saldo devedor do dia anterior, acrescido dos lançamentos do dia.

e) **Nas operações de mútuo em que fique definido o valor do principal (crédito fixo), a base de cálculo será o valor de cada principal entregue ou colocado à disposição do mutuário. Neste caso não há saldo anterior a ser considerado, posto que o valor do crédito contratado é colocado à disposição do tomador por meio de crédito em sua conta-corrente ou saque diretamente no caixa. O Regulamento ainda estabelece que, nos casos em que fique definido o valor do principal sem data de vencimento prevista para liquidação, aplicar-se-á a alíquota diária prevista para a operação e a base de cálculo será o valor do principal multiplicado por 365 (trezentos e sessenta e cinco), sem prejuízo da incidência da alíquota adicional de que trata os §§ 1º e 15, ainda que a operação seja de pagamento parcelado.**

Na referida Consulta, consta ainda quanto ao crédito fixo:

10. Diferentemente, nos casos em que fique definido o valor do principal, estabelece o inciso I-b do art. 7º do RIOF que a base de cálculo é o valor do principal entregue ou colocado à disposição do mutuário. Neste caso não há saldo anterior a ser considerado posto que o valor do crédito contratado é colocado à disposição do tomador por meio de crédito em sua conta corrente ou saque diretamente no caixa, hipótese em que para apuração do IOF devido considera-se o valor do crédito concedido, o prazo da operação e a alíquota aplicável nos termos do mesmo art. 7º.

11. Não obstante essa diferenciação primária, o Regulamento ainda estabelece que nos casos em que fique definido o valor do principal sem data de vencimento prevista para liquidação, aplicar-se-á a alíquota diária prevista para a operação e a base de cálculo será o valor do principal multiplicado por trezentos e sessenta e cinco, ou seja, aplica-se a alíquota máxima.

(...)

14. Resta concluir, portanto, das leituras acima, que a principal questão ao tratar da incidência do IOF nas operações de mútuo de recursos financeiros é a identificação da modalidade da operação contratada. Nesse sentido, a Disit da SRRF10, em sua Solução de consulta nº 27, de 2008, admite ter presumido o tipo de operação, identificando-a como de crédito rotativo, não oferecendo elementos contratuais capazes de caracterizar efetivamente a operação. **Entretanto, ao tratar do caso presumido, mútuo entre pessoas jurídicas e (ou) entre pessoa jurídica e pessoa física, sem valor definido e com prazo indeterminado, a Solução de Consulta da SRRF10 propõe a forma correta de apuração do IOF, esclarecendo que a base de cálculo neste caso é o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês.**

Deduz-se que a análise do negócio firmado é essencial para identificação da modalidade de mútuo pactuada, se de crédito fixo (com valor definido e prazo fixado ou não para liquidação) ou rotativo (valor desconhecido e prazo indeterminado).

Retomando os fatos, com relação à CONTA ANALÍTICA 1.2.1.01.003 e 1.2.1.01.00003 (Vale do Tijuco), consta no Termo de Verificação Fiscal que o acordo contratual ao fixar valor limite de crédito e a sua disponibilização mediante solicitação do beneficiário, foi suficiente para caracterizar a operação como crédito rotativo.

Acontece que como indicado na Solução de Consulta acima, o que determina a modalidade da operação é a indicação expressa do valor principal objeto do mútuo, mesmo que a sua transferência se dê de forma parcelada.

Nos três contratos firmados entre a Recorrente e a empresa Vale do Tijuco, restou acordado valor do mútuo e prazo para depósito. Cito como exemplo o contrato de e-fl. 131:

CLÁUSULA PRIMEIRA

A **MUTUANTE**, por meio do presente Contrato, se compromete a disponibilizar à **MUTUÁRIA**, a título de mútuo, a quantia de até R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões).

Parágrafo Primeiro: A quantia referida no caput deverá ser disponibilizada pela **MUTUANTE** à **MUTUÁRIA** por meio de depósitos bancários na conta corrente a ser indicada pela **MUTUÁRIA**.

Parágrafo Segundo: Os depósitos referidos no parágrafo anterior serão sucessivos e realizados mediante solicitação da **MUTUÁRIA**, devendo ocorrer até a data limite de 30 de Abril do ano de 2010, ou até que seja atingido o valor total disposto no caput, o que ocorrer primeiro.

Portanto, a Autoridade Fiscal possuía, sim, elementos para exigir o IOF nos moldes do art. 7º, I, "b", do Decreto nº 6.306/07.

Em sentido contrário, de certo que na CONTA ANALÍTICA 1.2.1.01.00005 (TRIANGULO MINEIRO), tem-se mútuo sujeito a base de cálculo adotada pela Autoridade Fiscal (art. 7º, I, "a", do Decreto nº 6.306/07), porque além de ausentes os contratos de mútuo, houve movimentação financeira de forma continuada.

Apesar dos meus comentários, os esclarecimentos trazidos pela Recorrente no curso do procedimento fiscal e os documentos carreados aos autos, mostram a regularidade na base de cálculo aplicada pela Autoridade Fiscal e, tais fatos, me conduziram a concordar com a tese do Relator.

Se examinarmos as provas contidas, claramente constatamos a ocorrência de mútuos, reconhecido, até mesmo pela Recorrente. Trago como exemplo o Termo de Intimação Fiscal em que a Autoridade Fiscal informa a Recorrente que não identificou em seu extrato bancário e registro contábil o crédito de R\$ 955.010,41. No entanto, identificam outros dois aportes e, conseqüentemente, apura o IOF sobre os saldos devedores diários, descontando os valores já recolhidos pela Recorrente, restando saldo remanescente que foi pago pela empresa que, inclusive, retificou DCTF e DARF (e-fl. 97). Colaciono:

**1 - FICA O CONTRIBUINTE CIENTIFICADO DAS SEGUINTE CONSTATAÇÕES
RELATIVAS AO PERÍODO DE 01/01/2009 A 31/12/2011:**

1.1 Verificamos que na conta analítica 1.2.1.01.003 Cia Energ.Acucar e Alcool Vale do Tijuco constam três registros que não foram identificados nos extratos bancários apresentados:

Data	D/C	Valor	Histórico	Número	NºLinha
15/03/2010	D	100.000,00	N/ RECEBIMENTO MUTUO JF CITRUS CREDITO EM CONTA	159	1676
18/03/2010	D	9.500,00	VR REF TRANSFERENCIA ENTRE CONTAS PARA AMORTIZACAO DE EMPRESTIMOS ENTRE EMPRESAS	174	1721
30/06/2010	C	955.010,41	LIGADAS VALE E CMAA	338	2214

1.2 O registro a crédito no valor de R\$955.010,41 identificado acima não consta dos registros contábeis da mutuatária e não foi identificado nos extratos bancários desta.

1.3 Nos extratos bancários da mutuatária, Banco Bradesco Agência 3387, Conta 0094017-8, o registro de R\$9.500,00 foi mediante TED e o registro de R\$100.000,00 foi mediante três transferências sendo, R\$25.000,00 do próprio favorecido, R\$25.000,00 de Luiz Gustavo Turqueto Santos e R\$50.000,00 de Jose Francisco de Fátima Santos.

1.4 Consoante Termo de Início do Procedimento Fiscal, o contribuinte foi cientificado do demonstrativo dos saldos devedores diários e acréscimos devedores diários dessa conta, da apuração do IOF incidente sobre as operações de mútuo e das divergências verificadas após a exclusão dos valores de IOF confessados em DCTF/pagos.

Em resposta ao Termo de Início concordou em parte com os cálculos e solicitou que fosse considerado o pagamento efetuado em 21/05/2010 com código 3426, incorreto, no valor de R\$167.146,81.

Verificamos o registro na contabilidade da apropriação do valor de R\$167.146,48 a título de IOF do mês de abril/2010 na conta analítica do mútuo em contrapartida de obrigação a recolher na conta 2.1.4.01.003 IOF a recolher.

Referida obrigação foi atualizada pela despesa de multa/juros no valor de R\$8.825,33. O valor total da obrigação (R\$175.971,81) foi recolhido via Banco Bradesco em 21/05/2010 com histórico: VR REF IOF S/MUTUO CMAA COMA VALE REF MES 04/10.

Portanto, pertinente a solicitação de retificação da DCTF e do DARF que acolhemos.

Veja que a Recorrente reconhece, aliás, acata o cálculo apresentado pela Autoridade Fiscal com base no art. 7º, I, "a", do Decreto nº 6.306/07, não só isso, retificada os registros fiscais e contábeis e efetua o pagamento do saldo remanescente apurado. Portanto, tenho que me curvar à decisão do Relator.

No que diz respeito ao AFAC, o Relator fixa como condições (IN SRF nº 127/88): (a) adiantamento com termo de compromisso para futuro aumento de capital; (b) registro na contrapartida contábil da opção pelo aumento; e, (c) que o aumento de capital se dê na 1ª Assembleia-Geral Extraordinária ou alteração contratual, o que se der primeiro, após o ingresso do recurso. Até que concretizado o aumento de capital, entende como mútuo a transferência de recursos.

Com a devida venia, entendo desacertada a manutenção do lançamento com amparo em requisitos infralegais e, mais, os elementos fático-jurídicos mostram estar-se diante de AFAC.

Impede destacar que o mútuo, abordado inicialmente (Dec. nº 6.306/2007 e Lei nº 9.779/99), não se confunde com o AFAC. Já no que diz respeito ao AFAC, que tem com pano de fundo o contrato de conta corrente, muito bem esclarece o Conselheiro Robson José Bayerl - *cujas razões de decidir foram adotadas pelo i. Relator*, inexistir tratamento legal para a operação, que ficou sob a égide de atos opinativos e normativos da Receita Federal e do Conselho Federal de Contabilidade.

Dentre os diversos atos infralegais mencionados em seu voto, a exemplo do Parecer Normativo CST nº 17/1984, a meu ver, são suportes legais inválidos, sendo, pois, arbitrários e ilegítimos.

O Parecer Normativo CST nº 17/1984, que exige contrato formal e irrevogável a afastar à regra do art. 21 do DL 2.065/1983, que fora parcialmente incorporado a IN SRF nº 127/88, não alcançava as operações de mútuo. Ademais, a referida instrução foi revogada pela IN SRF nº 79/2000, vejamos:

Art. 1º Declarar revogadas as 2.023 Instruções Normativas constantes do Anexo a este Ato, editadas pela Secretaria da Receita Federal e pelo extinto Departamento da Receita Federal no período de setembro de 1969 a dezembro de 1999.

Como se não bastasse, na falta de norma legal para dar tratamento às operações de AFAC infactível exigir o cumprimento de requisitos mediante atos normativos que guardam a prerrogativa de normatizar ou disciplinar matéria prevista em lei, decreto ou regulamento. Sendo assim, em nenhuma hipótese ato normativo pode ou deve sanar lacunas na legislação, igualmente inová-la e criar obrigações.

A Receita Federal do Brasil ao expedir instruções normativas e atos opinativos para regular sobre o mútuo, inclui critérios e disposições sobre o AFAC a fim de reparar o limbo existente sobre o tema, excede suas atribuições.

Destarte, somente descaracteriza a operação de AFAC se ausente o aumento de capital. Este posicionamento é deveras polêmico no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e tenho adotado a corrente que afasta o IOF-crédito AFAC quando a transferência de recursos resulta em ampliação de capital, sem exigência de prazo, para tanto. Nessa linha, cito os Acórdãos nºs 9303-012.913 e 9303-012.909 da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Também cabe citar o voto da Conselheira Semíramis de Oliveira Duro Colegiado no bojo do PAF nº 19515.720054/2019-31, que ratifica a necessidade de demonstração pela Autoridade Fiscal de inocorrência do AFAC, dada a lacuna na legislação dispondo sobre o objeto. Colaciono trechos do voto:

Conceito de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital - AFAC

O adiantamento para futuro aumento de capital – AFAC é operação que consiste em capitalizar uma sociedade que necessita de recursos, mediante aportes de sócios. Assim, uma pessoa jurídica remete valores a uma empresa sua coligada/controlada, para que estes montantes sejam utilizados como futuro aporte de capital. Quando ocorre a

conversão em capital do recurso disponibilizado na investida, tem-se, como contrapartida, a criação de ações da investida em favor da investidora.

O adiantamento de recursos de uma empresa para sua controlada/coligada a título de AFAC não se confunde com operações de mútuo. Enquanto nas operações de AFAC, o aporte de recursos tem como destinação específica o aumento da participação dos sócios na empresa, nas operações de mútuo financeiro ocorre o empréstimo de dinheiro dos sócios ou acionistas para a empresa, sendo que há obrigação de restituição dos valores, com ou sem incidência de juros.

Não obstante o AFAC seja uma prática comum nas sociedades, em especial nas sociedades de grande porte, não há no ordenamento jurídico societário matéria tratando sobre o assunto.

A Lei das S/A (Lei nº 6.404/1976) é omissa no tratamento dos valores recebidos por conta de futuros aumentos de capital, mas a Resolução do Conselho Federal de Contabilidade (CFC) nº 1.159/2009, que aprova o Comunicado Técnico CT 01, que, por sua vez aborda como os ajustes das novas práticas contábeis adotadas no Brasil trazidas pela Lei nº 11.638/07 e MP nº 449/08 devem ser tratados, evidencia um aspecto relevante relativo às operações de AFAC. Quando não há a possibilidade da devolução dos recursos, estes devem ser registrados no Patrimônio Líquido, após a conta de capital social; do contrário, devem ser registrados no Passivo Não Circulante:

RESOLUÇÃO CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE - CFC Nº
1.159 DE 13.02.2009

Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (AFAC)

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

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

A operação societária pura de futuro aumento de capital não configura fato gerador do IOF.

(...)

Prazo Muito Extenso

Os aportes financeiros a título de AFAC iniciaram em 2012 e se estenderam até abril de 2015.

(...)

Ocorre que, no CARF, há decisões no sentido de que as disposições contidas no Parecer Normativo CST nº 17 de 20/08/1984 não podem ser utilizadas como fundamento para descaracterização de AFAC realizado em período posterior à perda de sua eficácia, que se deu com a edição da Instrução Normativa nº 127/88, regulando a mesma matéria, que, por sua vez, foi revogada pela Instrução Normativa nº 79/2000. Isso porque não há nenhuma norma específica do tributo IOF que imponha prazo limite para a capitalização dos AFACs. Nesse sentido, acórdão nº 3301-005.530, Relator Conselheiro Valcir Gassen: (...)

O AFAC segue as normas aplicáveis ao aumento de capital previstas nos art. 16 e 168, da Lei das Sociedades Anônimas, e art. 1.081, do Código Civil:

[omissis]

De acordo com os art. 166, II e 168 da Lei das Sociedades Anônimas, o capital social pode ser aumentado “por deliberação da assembleia geral ou do conselho de administração, observado o que a respeito dispuser o estatuto, nos casos de emissão de ações dentro do limite autorizado no estatuto”, porém não há qualquer previsão de prazo para sua realização.

Vê-se que tais dispositivos disciplinam as questões atinentes ao aumento de capital, sem determinarem qualquer diretriz atinente à exigência de formalização ou prazo para sua efetivação. Nesse sentido, acórdão nº 3302-005.693, j. 26/07/2018: (...)

Na falta de uma norma específica do IOF que imponha prazo limite para a capitalização dos chamados AFAC, é ilegítima a cobrança do imposto por suposta configuração de operação de mútuo, quando os adiantamentos, de fato, restam utilizados para aumento do capital da sociedade investida.

Voltando ao caso, no Termo de Verificação Fiscal restou confirmado o aumento de capital registrado na CONTA ANALÍTICA 1.2.2.01.001 e CONTA ANALÍTICA 1.2.2.01.00001 (CIA ENERG. ACUCAR E ALCOOL VALE DO TIJUCO), a seguir reproduzido:

e-fl. 1.644:

Ou seja, os valores transferidos para Vale do Tijuco Açúcar e Alcool S/A, registrados nessa conta analítica foram convertidos em aumento de capital.

.....

e-fl. 1.645:

O aumento de R\$30.000.000,00 foi integralizado mediante créditos detidos contra a sociedade por Companhia Mineira de Açúcar e Alcool Participações.

(...)

Ou seja, os valores da conta de mútuo reclassificados como AFAC em 28/02/2011 foram convertidos em aumento de capital em 25/03/2011.

.....

e-fl. 1.645:

O aumento de R\$15.262.773,00 foi integralizado mediante créditos detidos contra a sociedade por Companhia Mineira de Açúcar e Alcool Participações.

(...)

Ou seja, os valores da conta de mútuo reclassificados como AFAC em 28/02/2011 foram convertidos em aumento de capital em 11/04/2011.

Relativamente a CONTA ANALÍTICA 1.2.2.01.002 e 1.2.2.01.00002 (CIA. ENERG. A E ALCOOL TRIANG MINEIRO), a Autoridade Fiscal identifica a reclassificação do valor de R\$ 3.583.308,94 para mútuo, aponta a ocorrência de “operações de mútuo, empréstimo, transferência de valores, adiantamento e transferência para pagamento de fornecedores” registrados no Controle de Numerário e a carência de contratos de AFAC, veja (e-fl. 1.646):

Ocorre que, em 01/07/2011, o valor de R\$3.583.308,94 do saldo dessa conta foi transferido para a conta de mútuo 1.2.1.01.00005 Cia Energ Ac Alcool Triangulo Mineiro Lt. Com o histórico: “VR REF RECLASSIFICACAO DE AFAC PARA EMPRESTIMOS ENTRE EMPRESAS LIGADAS CFE AUDITORIA”.

O saldo remanescente da conta de AFAC foi R\$50.000,00.

Ou seja, não ocorreu nenhuma integralização de capital, sendo os valores outrora transferidos como AFAC, reclassificados como mútuo.

Para comprovação de tais operações foram apresentados documentos internos caracterizados como “Controle de Numerário” e extratos bancários. Não foram apresentados contratos de AFAC.

A respeito da reclassificação, esclareceu a Recorrente que na impossibilidade de indicar prognóstico de integralização dos aportes (prever data de aumento do capital), seguiu orientação de sua auditoria Deloitte Touche Tohmatsu Limited e restabeleceu os valores contabilizados como AFAC para mútuo. O mesmo parece ter ocorrido nas contas da empresa Vale do Tijuco que, posteriormente, converteu-se em aumento de capital.

Logo, ainda que reclassificados os valores, a exigência do IOF deve ser afastada pelas mesmas razões já expostas, sendo elas, i) falta de norma específica; (ii) dispensa de contrato de AFAC; e, (iii) prazo para integralização do capital não estipulada em lei.

Destaco, porém, que entre a data dos aportes até a presente data passaram-se mais de 10 anos, diante disso, se verificado pela Autoridade Fiscal a devolução dos aportes o IOF deve ser exigido (mútuo), caso contrário à reclassificação, por si só, não torna exigível IOF, seja pela insuficiência de provas pela Autoridade Fiscal a descaracterizar o AFAC, sejam pelas razões já delineadas, ou seja, falta de norma específica, dispensa de contrato de AFAC e inexistência de prazo para integralização ao capital social.

Pelo exposto, voto por dar parcial provimento do Recurso Voluntário, nos termos do presente voto.

(documento assinado digitalmente)

Sabrina Coutinho Barbosa