



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	16682.721150/2011-20
ACÓRDÃO	3003-002.565 – 3ª SEÇÃO/3ª TURMA EXTRAORDINÁRIA
SESSÃO DE	12 de agosto de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	ERBE INCORPORADORA 001 S.A.
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007

IOF. RECURSOS CONTABILIZADOS EM ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL. EQUIPARAÇÃO A NEGÓCIO DE MÚTUO. IMPOSSIBILIDADE.

Estando demonstrado que os recursos repassados representavam realmente um pagamento antecipado para aquisição de ações ou quotas de capital (AFAC), o aporte de recursos financeiros efetuados não se caracteriza como uma operação de crédito correspondente a mútuo, afastando-se a configuração do fato gerador do IOF, previsto no art. 13 da Lei nº 9.779/99.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para afastar as exigências baseadas em operações de AFAC.

Assinado Digitalmente

Denise Madalena Green – Relator

Assinado Digitalmente

Regis Xavier Holanda – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores: Alexandre Freitas Costa, Denise Madalena Green, Regis Xavier Holanda (Presidente). Ausente o conselheiro Vinícius Guimarães substituído pelo conselheiro Rosaldo Trevisan.

RELATÓRIO

Por bem descrever a realidade dos fatos, adoto e transcrevo o relatório da decisão de primeira instância:

Do Auto de Infração

Trata-se de Auto de Infração do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros, fls. 1.484/1.492, que constituiu o crédito tributário total de R\$ 1.038.062,87, somados o principal, multa de ofício e juros de mora calculados até 30/11/2011.

No Termo de Verificação Fiscal de fls. 1.439/1.483, a autoridade autuante, após relatar o andamento da auditoria, contextualiza da seguinte forma o lançamento:

No curso da fiscalização, da análise de toda documentação apresentada pelo fiscalizado, foram constatadas operações de empréstimos, sujeitas, portanto, à legislação do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF).

O IOF (imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguros e relativas à títulos e valores mobiliários) é regido pela lei nº 9.779 de 19 de janeiro de 1999 e suas alterações.

Em 2007, o IOF era regulamentado pelo Decreto nº 4.494, de 3 de dezembro de 2002 (alterado pelo Decreto 5172 de 2004 e Decreto 6306 de 2007), que fundamentam a sua incidência nos art. 2º e 3º (...).

A Lei nº 9.779, de 1999 definiu como fato gerador do IOF o mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas, incluindo no campo de incidência do IOF as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, informando que o fato gerador sujeita-se às mesmas normas aplicáveis às operações de empréstimos praticadas pelas instituições financeiras, conforme disposto no seu art. 13 (...).

...

Nos trabalhos de Auditoria, foram constatadas operações de empréstimos:

- a) Na forma de contratos de mútuo
- b) Na forma de contratos de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital

...

Foram apresentados, pelo contribuinte acima qualificado, contratos de mútuo efetuados à empresa BRSCAN IMOBILIÁRIA ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES S.A, CNPJ nº 04.580.927/0001-07.

Foram celebrados ao todo 07 (sete) contratos com a mesma empresa BRSCAN IMOBILIÁRIA ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES S.A, com previsão de empréstimo dos valores a seguir:

...

Através da documentação apresentada pelo contribuinte, foram constatados serem contratos celebrados 'na forma' crédito fixo, mediante a disponibilização dos créditos no próprio ato e todos com vencimento no prazo de 60 meses.

No entanto, é possível perceber que as operações praticadas pelo fiscalizado revelou, na essência, outra modalidade de crédito, ou seja, a modalidade de crédito rotativo, conforme planilhas. (...).

Da análise dos contratos apresentados (docs. Anexos 17 e 48 a 53), verificou-se:

a) que o fiscalizado concedeu crédito continuamente ao mutuário no ano calendário 2007, tendo como origem aportes iniciados em 2006. As concessões de créditos foram feitas continuamente através de liberação de várias parcelas, realizadas por registros ou lançamentos contábeis e utilizadas para fins de capital de giro próprio, tornando o sistema similar a uma conta corrente de mútuo financeiro (crédito rotativo) (documento anexo 16 pág. 4 e documentos anexos 17 e 18).

b) Não obstante terem os contratos de mútuo sido celebrados no ano calendário 2006, foi constatado que, no período base fiscalizado (2007), há saldo diário de créditos não amortizados referente aos empréstimos acima relacionados, os quais serão base de cálculo para o IOF sob a modalidade de crédito rotativo, (documento anexo 18)

c) Nos contratos sob análise, há cláusula na qual é facultado ao mutuário o pagamento do empréstimo antes do término do prazo contratual, o que os tomam incompatíveis com a modalidade de crédito fixo, visto que neste caso o prazo não pode ser incerto, pois o cálculo do IOF é feito pela aplicação diária da alíquota (docs. Anexos 17 e 48 a 53)

d) Outra característica das operações de empréstimos de crédito fixo, refere-se à cobrança do imposto na data da entrega ou colocação dos recursos à disposição do mutuário, procedimento este que não foi atendido pela fiscalizada à época. A fiscalizada apresentou DARF's referentes a impostos recolhidos no ano calendário 2008 (documento anexo 18), indicando a mesma que estes seriam DARF's referentes ao IOF vinculado aos empréstimos acima relacionados (período base 2006) objeto dos contratos acima relacionados. Não obstante a fiscalizada tenha apresentado os documentos retro citados, vale ressaltar que, em se tratando de crédito rotativo, conforme restou demonstrado no caso presente, o período de

apuração para os saldos diários dos referidos empréstimos, existentes no ano calendário 2007, seria correspondente aos meses do próprio ano calendário 2007 (documentos anexo 18) e não o ano calendário 2006, como mencionado nos termos da documentação apresentada. Por consequência, não se poderia imputar tais pagamentos eventualmente efetuados ao período base fiscalizado (2007), pois tais DARF's a ele não fizeram referência, mas sim ao período base 2006. Por último cumpre mencionar que não foram declarados em DCTF os valores do IOF referentes aos mútuos acima relacionados, celebrados com BRSCAN IMOBILIÁRIA ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES S.A, para o período fiscalizado (ano calendário 2007) cujos Contratos de Abertura de Crédito foram apresentados à fiscalização.

Pretende o contribuinte fiscalizado, com os contratos apresentados durante ao procedimento fiscal, enquadrar suas operações como se de crédito fixo fossem.

A mera apresentação de contratos onde conste formalmente crédito fixo a ser disponibilizado no ato e data de vencimento prevista não afasta a natureza das operações praticadas, que possuem, como visto, características de crédito rotativo.

Uma vez constatada a ocorrência do fato gerador, deverão prevalecer os efeitos tributários inerentes à legislação tributária, independentemente do instituto privado dos quais tenha se valido o contribuinte fiscalizado. (...).

Isto posto, tendo sido constatada a ocorrência do fato gerador relacionado à operação de crédito, na modalidade de crédito rotativo, calculamos o IOF devido com base no somatório dos saldos devedores diários das operações de empréstimos concedidos à empresas BRSCAN IMOBILIÁRIA ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES SA, registrados nas contas de empréstimos no Livro Razão da empresa fiscalizada (...).

...

Foram apresentados, pelo contribuinte qualificado em epígrafe, registros contábeis referentes a aportes financeiros, realizados à título de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital – AFAC (...).

Foi, então, iniciado procedimento fiscal visando verificar a natureza jurídica bem como o destino dos recursos contabilizados a título de AFAC, no ativo da fiscalizada, a partir de janeiro de 2007, tendo sido constatado, com base nos elementos apresentados pela contribuinte, em atendimento às intimações fiscais, que não foram declarados em DCTF valores do IOF referentes aos referidos mútuos celebrados com as empresas relacionadas acima.

A fiscalizada apresentou os contratos de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital - AFAC (documentos anexos 19 a 29) celebrados com as empresas acima relacionadas, justificando a natureza das operações realizada. Vale ressaltar que não foi apresentado contrato de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital - AFAC relativo ao aporte financeiro efetuado à empresa BRSCAN SPE SP-1 S.A.

Através da documentação apresentada pelo contribuinte, fica evidenciado:

1º - serem contratos celebrados na forma de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital, nos quais havia sido previsto que os respectivos créditos seriam desembolsados segundo as necessidades da pessoa ligada à fiscalizada

2º - que houve previsão no contrato de que os adiantamentos seriam capitalizados em aumento de capital da pessoal ligada à fiscalizada em até 36 meses.

...

Da análise dos contratos apresentados, ficou evidenciado:

1º) que a fiscalizada concedeu crédito continuamente aos mutuários ao longo do ano calendário 2007. As concessões de créditos foram feitas continuamente através de liberação de várias parcelas, realizadas por registros ou lançamentos contábeis e utilizadas para fins de capital de giro próprio, tornando o sistema similar a uma conta corrente de mútuo financeiro (crédito rotativo) (documento anexo 6).

2º) No período base fiscalizado (2007), há saldo diário de créditos não amortizados referente aos empréstimos acima relacionados, os quais serão base de cálculo para o IOF sob a modalidade de crédito rotativo, (documento anexo 6).

3º) Que as capitalizações dos aportes realizados somente se efetivaram em 2008, conforme cópias das Atas de Assembleia Geral Extraordinária (AGE) para cada pessoa ligada à fiscalizada (documento anexo 7), ressalva feita à empresa BRSCAN SPE SP1, relativa à qual nem o contrato - AFAC, tampouco a comprovação da capitalização foram entregues pela fiscalizada

4º) Que, para todos os casos apresentados pelo contribuinte, as capitalizações somente se efetuaram a partir do mês de agosto de 2008, isto é, após decorridos 120 (cento e vinte) dias contados a partir do encerramento do período-base em que a sociedade coligada, interligada ou controlada tenha recebido os aportes financeiros à título de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital, em observância do Parecer Normativo CST nº 17, de 1984. (vide Atas de Assembleia Geral Extraordinária (AGE) apresentadas (vide documento anexo 7)

5º) Que, para todos os casos apresentados pelo contribuinte, as capitalizações não foram realizadas quando do primeiro ato formal da sociedade coligada, interligada ou controlada, que ocorra imediatamente após o recebimento dos recursos financeiros, no caso, da primeira Assembleia Geral Extraordinária (AGE) subsequente à entrega dos respectivos valores, em observância do Parecer Normativo CST nº 17, de 1984 (vide documentos anexos 7 e 8)

6º) Resta caracterizado que os valores adiantados somente foram convertidos em aumento de capital depois de transcorrido um longo período de tempo.

Portanto, a teor do Ato Declaratório Normativo CST nº 9/76, do Parecer Normativo CST nº 23/81 e da Instrução Normativa nº 127/88, tais aportes de

capital, realizados a título de AFAC, consistiram, de fato, em operação de crédito (mútuo), portanto, sujeitos às regras de incidência do IOF.

Cumprе ressaltar que 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, conforme prevê o art. 13, da Lei nº 9.779, de 1999. Logo, a exigência do IOF incidente sobre tais operações encontra-se prevista em lei.

A autuação refere-se, portanto, à cobrança de IOF incidente sobre aporte de capital realizado a título de AFAC.

...

Analisando-se a natureza jurídica do AFAC, primeiramente é mister caracterizarmos a operação de adiantamento para futuro aumento de capital.

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

Há 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.

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

Na segunda hipótese, ou seja, "no ato da subscrição de ações", o acionista assume a obrigação de levar a efeito contribuições em dinheiro, ou em qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação em dinheiro.

...

Configuram-se, portanto, duas obrigações: (i) no primeiro momento, o sujeito que adiantou os aportes financeiros é credor de uma dada quantia em dinheiro, enquanto no momento em que ocorre a operação do aumento de capital, o sujeito que era credor contrai uma obrigação através da subscrição de ações; (ii) num segundo momento, por ocasião da efetivação do aumento de capital, surge, então, uma nova relação, que é a obrigação do subscritor de integralizar o valor correspondente às ações adquiridas. Nesta transação, o sujeito ativo da obrigação compromete-se a colocar à disposição do devedor uma dada quantia em dinheiro, para que faça uso dela até o momento em que ocorrer o aumento de capital, quando deverá ser restituída mediante a compensação da dívida assumida no ato da subscrição das ações.

Em essência, verifica-se presente o instituto da compensação, segundo a qual se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor recíprocos, uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, no limite onde se compensarem.

Concluimos, portanto, que o Adiantamento para Futuro Aumento de Capital tem a real 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 (...).

No caso em discussão, aquele que recebe os recursos é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu, devolvendo o dinheiro recebido, mediante a quitação da obrigação de integralizar o valor correspondente às ações adquiridas pelo credor.

O adiantamento de recursos para aumento de capital, 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.

Independente do *nomens juris* atribuído ao negócio jurídico, prevalece a busca da verdade material, fazendo-se uso de critérios objetivos. De mais a mais, 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.

...

Não se pode admitir que tais recursos fiquem por longos períodos aguardando a capitalização pretendida, restando-nos, então, identificar qual seria o prazo para a capitalização do AFAC. Neste sentido, o Parecer Normativo CST nº 17, de 1984, assim dispôs:

...

7. Contudo, não se pode admitir que tais recursos fiquem indeterminadamente aguardando a capitalização pretendida, fazendo-se necessário definir um prazo máximo para o cumprimento das finalidades a que se destinem.

7.1 - Entendemos como razoável que o aumento de capital seja realizado por ocasião do primeiro ato formal da sociedade coligada, interligada ou controlada, que ocorra imediatamente após o recebimento dos recursos financeiros, seja Assembleia Geral Extraordinária (AGE) para as sociedades por ações, ou alteração contratual, para as demais sociedades.

7.1.1 - Não ocorrendo um daqueles eventos previsto em 7.1, o prazo máximo de tolerância será de até 120 (cento e vinte) dias contados a partir do encerramento do período-base em que a sociedade coligada, interligada ou controlada tenha recebido os recursos financeiros.

...

Segundo o Parecer transcrito, o adiantamento de recursos passa a ter natureza de mútuo, caso não haja a capitalização no prazo de 120 dias. A Coordenação do Sistema de Tributação entendeu ser esse interregno razoável para o cumprimento de todas as formalidades necessárias para a efetivação do aumento do capital social.

...

Portanto, em relação às empresas controladas mais acima relacionadas, nenhuma das normas estabelecidas pela Receita Federal foi observada pelas empresas envolvidas, de modo a não configurar uma operação de mútuo.

...

Isto posto, tendo sido constatada a ocorrência do fato gerador relacionado à operação de crédito, na modalidade de crédito rotativo, calculamos o IOF devido com base no somatório dos saldos devedores diários das operações de empréstimos concedidos às diversas empresas retro citadas, registrados nas contas de empréstimos no Livro Razão da empresa fiscalizada, nos termos do art. 13 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, nos arts. 1º ; 2º, inciso I, alínea "c"; 3º, §§ 1º e 4º, incisos I e III; 5º, inciso III; 7º e 10, inciso I do Regulamento do IOF, aprovado pelo Decreto nº 4.494, de 03 de dezembro de 2002.

...

Em todos os aportes financeiros realizados, conforme discriminados no itens III-2, foi constatada a falta de recolhimento do IOF nas operações de crédito (empréstimo), identificadas na modalidade de crédito rotativo, com fundamento no art. 13 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999 e nos arts. 1º ; 2º, inciso I, alínea "c"; 3º, §§ 1º e 4º, incisos I e III; 5º, inciso III; 7º e 10, inciso I do Regulamento do IOF, aprovado pelo Decreto nº 4.494, de 03 de dezembro de 2002.

Da impugnação

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

Nos termos do Termo de Verificação Fiscal anexo ao auto de infração, o crédito tributário lançado refere-se a dois tipos de operações realizadas pela Impugnante: (i) contratos de mútuo tendo por mutuária Brascan Imobiliária Engenharia e Construção S/A; e (ii) Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital ("AFACs"), os primeiros celebrados no ano de 2006 e os segundos no ano de 2007.

No que respeita ao primeiro tipo de operação - contratos de mútuo - muito embora discorde da recharacterização procedida pela fiscalização, no sentido de se tratarem de operações de crédito na modalidade "crédito rotativo", a Impugnante optou por proceder ao recolhimento da diferença de imposto

apurada, se valendo do benefício de redução da multa de ofício lançada, cujos comprovantes irá apresentar nos presentes autos oportunamente.

Assim, apenas será objeto de contestação na presente impugnação o crédito tributário lançado em relação às operações de AFAC.

Tratam-se, com efeito, de AFACs realizados ao longo do ano de 2007 em favor de sociedades de cujo capital social a Impugnante participa.

A fiscalização entendeu que como "os valores adiantados somente foram convertidos em aumento de capital depois de transcorrido um longo período de tempo (...) a teor do Ato Declaratório Normativo CST nº 9/76, do Parecer Normativo CST nº 23/81 e da Instrução Normativa n.º 127/88, tais aportes de capital, realizados a título de AFAC, consistiram, de fato, em operação de crédito (mútuo), portanto, sujeitos às regras de incidência do IOF".

E, mais adiante, assim concluiu o auto de infração: "o Adiantamento para Futuro Aumento de Capital tem a real 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." ...

Sucedendo que nenhuma exigência deveria ter sido lançada contra a Impugnante a tal título, haja vista a natureza jurídica específica dos contratos de AFAC, que não se podem confundir com operações de mútuo, únicas sobre as quais, em homenagem ao princípio da legalidade da tributação, pode incidir a exação tributária em causa, como em seguida se passará a demonstrar.

...

A questão de direito que constitui o ponto central da presente defesa está em que os fluxos financeiros em causa, realizados, como visto, ao abrigo de contratos de AFAC, não revestem a natureza jurídica de "mútuos de recursos financeiros", único caso em que se admitiria a incidência sobre os mesmos do IOF, ao abrigo do art. 13 da Lei nº 9.779/99.

Após discorrer sobre a evolução da legislação aplicável ao caso, prossegue

Tivesse a Lei nº 9.779/99 adotado o conceito amplo de "operação de crédito", com raízes na lei constitucional e na lei complementar, para definir a hipótese de incidência do IOF sobre operações entre pessoas não financeiras, poder-se-ia considerar abrangidas na hipótese de incidência todas as operações que envolvessem uma prestação presente por uma parte em contrapartida de uma prestação futura, diferida no tempo, devida pela contraparte.

Ocorre que a expressão "mútuo de recursos financeiros", utilizada no art. 13 da Lei nº 9.779/99, não pode ser interpretada em sentido amplo, de modo a abranger negócios jurídicos que não sejam mútuos em sentido técnico-

jurídico, eis que a interpretação das leis fiscais em conformidade com o Direito Civil é princípio geral de hermenêutica em matéria tributária.

Qualquer tentativa de tributar fluxos financeiros realizados ao amparo de um contrato de AFAC - tenha, ou não, a respectiva capitalização obedecido ao prazo estabelecido na legislação infra legal -, com fundamento no art. 13 da Lei nº 9.779/99, tal como o fez o auto de infração ora impugnado, representa emprego de analogia, incompatível com o princípio da legalidade e da tipicidade da tributação e, como tal, expressamente vedado pelo art. 108, § 1º, do CTN.

...

Uma vez assente que apenas estão sujeitos ao IOF, nos precisos termos do art. 13 da Lei nº 9.779/99, os mútuos de recursos financeiros, e que, conforme a orientação pacífica da jurisprudência administrativa, uma vez adotado tal conceito por lei, apenas e tão somente os negócios de mútuo, tal como definido no Direito Civil, podem ser submetidos ao imposto, fica fácil concluir pela impossibilidade da tributação no caso concreto, em que o que está em causa são operações de AFAC, que com aquele conceito não se confundem.

A questão de saber se os AFACs se caracterizariam como operações de mútuo surgiu, inicialmente, em função da necessidade de se analisar a aplicabilidade, sobre eles, da já extinta obrigatoriedade de reconhecimento da incidência de correção monetária de que tratava o art. 21 do Decreto-lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983 (...).

...

Veja-se que todos esses atos normativos, apontados pelo auto de infração como base legal do lançamento, bem como a jurisprudência do Conselho de Contribuintes que os invoca, referem-se, com exclusividade, a obrigações instituídas no contexto do já revogado sistema de correção monetária do balanço, e não em relação à incidência e apuração do IOF.

*É certo, porém, que mesmo em matéria de correção monetária do balanço, **a jurisprudência daquele órgão modificou-se, passando, em momento posterior, a rejeitar o condicionamento da inaplicabilidade de referido dispositivo legal à observância dos parâmetros da IN 127/88. com fundamento na impossibilidade de equiparação dos AFACs a operações de mútuo**, por afronta ao princípio da tipicidade cerrada. (...)*

Assim, o entendimento mais recente do Conselho de Contribuintes consolidou-se no sentido de que, mesmo para fins da obrigação de que trata o art. 21 do Decreto nº 2.065/83, (a cuja disciplina se destinam os atos infralegais em causa), não seria aplicável para caracterização dos contratos como de AFAC a necessidade de observar o prazo de capitalização a que aludem.

Não sendo referido prazo de capitalização aplicável, pois, para fins de correção monetária do balanço, por maior ordem de razão, também não se pode considerá-lo aplicável para fins de IOF.

...

O art. 586 do Código Civil define o mútuo como "o empréstimo de coisas fungíveis", estabelecendo que "o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade".

Como é assente na doutrina, a obrigação de restituição é um dos principais traços característicos do contrato de mútuo. (...).

Já o AFAC se trata de uma antecipação a título de futuro aumento de capital, com a única peculiaridade de que o fluxo financeiro antecede a realização do ato pelo qual fica formalmente constituída a obrigação do sócio de contribuir para o capital da sociedade.

Trata-se, assim, de uma antecipação por conta de uma dívida futura, uma antecipação, em termos financeiros, de um fluxo de recursos que, do ponto de vista jurídico dependeria de uma deliberação societária para ocorrer.

...

O fato de haver um traço comum entre referidos contratos e o mútuo de recursos financeiros, por em todos eles haver uma entrega de recursos por uma das partes, com o diferimento no tempo da respectiva contraprestação que satisfaz a primeira, não os torna idênticos nem juridicamente equivalentes.

Com efeito, enquanto no mútuo a contraprestação futura é necessariamente a restituição da quantia mutuada, no caso do pré-pagamento de exportação, a contraprestação é a tradição da mercadoria exportada; no caso de empreitada e fornecimento de longo prazo, é a conclusão da obra e a entrega do fornecimento encomendado; e, finalmente, no caso do AFAC (que interessa à presente) é o aumento do capital social, com a emissão de novas ações.

Mútuo e AFAC se diferenciam ainda pela respectiva causa-função, ou seja, pela função econômico-social própria desses contratos e que é o elemento de identificação de cada um. Como diz GALVÃO TELLES, "a causa pode definir a função social típica, ou seja, a função própria de cada tipo ou categoria de negócios jurídicos. Imprime caráter ao contrato, como contrato de certa espécie; dá-lhe fisionomia, modela a sua estrutura. Verdadeiramente não é mais que o conjunto dos elementos específicos, vistos em síntese ou na sua unidade." A causa-função do mútuo consiste em permitir a utilização temporária da coisa fungível pelo mutuário com obrigação de a restituir; a causa-função do AFAC consiste na antecipação de

fluxos financeiros futuros, permitindo a utilização imediata de recursos que apenas seriam disponíveis juridicamente para a sociedade após a formalização de atos jurídicos de aumento de capital.

Enquanto no mútuo há sempre a obrigação de restituir e, destinando-se a fins econômicos, se presumem devidos juros (art. 591), no AFAC a dívida não é objeto de restituição, mas sim de conversão em capital da sociedade, mediante o correspondente aumento de capital de valor equivalente, sem que corram juros.

A natureza de AFAC de determinada operação persiste ainda que a capitalização dos ingressos não ocorra no prazo de 120 dias a que alude a IN 127/88, uma vez que a mesma, além de não se aplicar, como visto, em matéria de IOF, também não tem o poder de transformar os AFACs em mútuos, tal como já reconheceu a jurisprudência do antigo Conselho de Contribuintes.

Aliás, é de notar que, no presente caso, a capitalização dos AFACs, ainda que não tenha atendido ao prazo de 120 dias contados do encerramento do exercício seguinte (2008) ao da sua realização, ocorreu ainda naquele exercício (mais precisamente no mês de agosto, para a generalidade das sociedades), como constatou a fiscalização, e, portanto, bem antes de a empresa vir a sofrer a fiscalização que cumulou na lavratura do auto de infração ora impugnado, pelo que a natureza da operação é incontestável.

Ante tudo o quer atrás se expôs, fácil se torna concluir pela ilegalidade da exigência de IOF formulada pelo auto de infração com fundamento no art. 13 da Lei n.º 9.779/99, que deve ser integralmente anulada.

Da decisão de primeira instância

A lide foi decidida pela 14ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto/SP, nos termos do **Acórdão 14-83.569, de 23/04/2018**, que por maioria de votos, decidiu por julgar improcedente a Impugnação apresentada. Vencido o julgador Fernando Antônio Pires Montanari, quanto à incidência do IOF sobre operações de AFAC.

Consta da ementa:

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

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007

ADIANTAMENTOS PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL. MÚTUO. CONDIÇÕES.

A capitalização dos recursos nomeados de adiantamentos para futuro aumento de capital deve acontecer no prazo de cento e vinte dias ou por ocasião da primeira Assembleia Geral, sob pena de, não observadas tais condições, serem considerados como mútuos e assim tributados.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Em relação ao contrato referente empresa **BRASCAN SPE SP-1 S/A**, consta do voto as seguintes informações:

A contribuinte optou por não questionar uma das matérias que integram a autuação, qual seja a dos empréstimos contratados com uma empresa ligada. Assim, essa parcela da autuação se torna definitiva.

Foram juntados documentos referentes ao que seria o recolhimento da parte incontroversa às e-fls. 1.556/1.569.

Resta, então, a discussão sobre a possibilidade de tributação dos Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital-AFAC pelo IOF sob o título de operação de mútuo.

Irresignada, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário, reiterando as mesmas razões postas na Impugnação. Ao fina, pugna para que *“sejam acolhidas suas razões de fato e de direito para determinar a reforma integral do Acórdão recorrido, determinando-se o cancelamento das exigências em matérias de IOF e conseqüentemente arquivamento do processo administrativo instaurado”*.

O processo, então, foi sorteado para esta Conselheira para dar prosseguimento à análise do Recurso Voluntario interposto.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Denise Madalena Green**, Relator

I – Da admissibilidade do Recurso Voluntário:

Consta dos autos que a recorrente foi intimada na data de 10/11/2016 (fl.428) e protocolou Recurso Voluntário em : 08/12/2016 (fl.429) dentro do prazo de 30 (trinta) dias previsto no artigo 33, do Decreto 70.235/72¹.

Desta forma, é tempestivo o Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente. E, por cumprir os pressupostos para o seu manejo, esse deve ser analisado por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Ausentes qualquer alegação preliminar, passo de plano à análise de mérito.

II – Do mérito:

Primeiramente, cabe definir o que é a figura societária do AFAC e, em seguida, distingui-la do mútuo (hipótese de incidência do IOF/Crédito), para ao final colacionar os

¹ Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

elementos trazidos aos autos pela fiscalização. Para tanto, trago a colação um trecho do Acórdão nº 3301-012.379, de relatoria da ilustre Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, em sessão realizada na data de 22/03/2023:

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.

Incidência de IOF nas operações de mútuo entre as partes relacionadas

O CTN definiu os fatos geradores e os contribuintes do IOF, nos seus art. 63 e 66, nos seguintes termos:

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

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

Art. 66. Contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei.

O art. 13 da Lei nº 9.779/99, amparado no art. 63, I e art. 66 do CTN, determinou a incidência do IOF sobre as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, conforme as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras, *verbis*:

Art. 13. As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física sujeitam-se à incidência do IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.

§1º. Considera-se ocorrido o fato gerador do IOF, na hipótese deste artigo, na data da concessão do crédito.

§2º. Responsável pela cobrança e recolhimento do IOF de que trata este artigo é a pessoa jurídica que conceder o crédito.

§3º. O imposto cobrado na hipótese deste artigo deverá ser recolhido até o terceiro dia útil da semana subsequente à da ocorrência do fato gerador.

Os art. 2º, I, “a” e 3º, §3º, III, do Decreto nº 6.306/2007 dispõem:

Art. 2º O IOF incide sobre:

I - operações de crédito realizadas:

a) por instituições financeiras (Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, art. 1º);

b) por empresas que exercem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring) (Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 15, § 1º , inciso III, alínea “d”, e Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 58);

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

(...)

Art. 3º O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado (Lei nº 5.172, de 1966, art. 63, inciso I).

(...)

§ 3º A expressão “operações de crédito” compreende as operações de:

I - empréstimo sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito e desconto de títulos (Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, art. 1º , inciso I);

II - alienação, à empresa que exercer as atividades de factoring, de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo (Lei nº 9.532, de 1997, art. 58);

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

O que decorre da leitura dos dispositivos supracitados é que as operações de mútuo celebradas por pessoas jurídicas, sejam instituições financeiras ou não, subsomem-se ao fato gerador insculpido no inciso I do art. 63 do CTN.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 1.763 (DJ 26/9/2003), fixou o entendimento de que "*o âmbito constitucional de incidência possível do IOF sobre operações de crédito não se restringe às praticadas por instituições financeiras*".

Dessa forma, não existe óbice à cobrança de IOF das pessoas jurídicas não financeiras, mútuo celebrado entre empresas coligadas, para fins empresariais.

Assim, o IOF incide sobre operações de mútuo que tenham por objeto recursos em dinheiro, disponibilizados sob qualquer forma, e quando o mutuante for pessoa jurídica. Então, para a incidência do IOF sobre as operações de mútuo, importa a entrega ou disponibilização do recurso financeiro pela pessoa jurídica mutuante.

Configura-se o mútuo como o empréstimo de coisas fungíveis, ficando o mutuário obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade, nos termos do art. 586 e seguintes do Código Civil/2002, abaixo transcritos:

Seção II

Do Mútuo

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

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

(...)

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

Art. 592. Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será:

I - até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para semeadura;

II - de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro;

III - do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.

Logo, uma vez identificados os atributos inerentes ao mútuo, a operação deve sujeitar-se a incidência do imposto, independentemente de o crédito ter sido entregue ou disponibilizado por meio de outra forma.

Por conseguinte, para a incidência do IOF, de acordo com o art. 13 da Lei nº 9.779/99, importa verificar tão somente se estão presentes, no caso concreto, as características essenciais do mútuo, sendo irrelevantes aspectos formais mediante os quais a operação se materializa, bem como a natureza de vinculação entre as partes (coligadas, inter-relacionadas, grupo econômico).

No que se refere à base de cálculo do IOF, a disponibilização de recursos de forma sistemática é disciplinado pelo art. 7º, do Decreto nº 6.306/2007:

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:

1. mutuário pessoa jurídica: 0,0041%;

(...)

b) quando ficar definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário, a base de cálculo é o principal entregue ou colocado à sua disposição, ou quando previsto mais de um pagamento, o valor do principal de cada uma das parcelas:

1. mutuário pessoa jurídica: 0,0041% ao dia;

§ 1º O IOF, cuja base de cálculo não seja apurada por somatório de saldos devedores diários, não excederá o valor resultante da aplicação da alíquota diária a cada valor de principal, prevista para a operação, multiplicada por trezentos e sessenta e cinco dias, acrescida da alíquota adicional de que trata o § 15, ainda que a operação seja de pagamento parcelado. (Redação dada pelo Decreto nº 6.391, de 2008)§ 12. Os encargos integram a base de cálculo quando o IOF for apurado pelo somatório dos saldos devedores diários.

§ 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.

§ 14. Nas operações de crédito contratadas por prazo indeterminado e definido o valor do principal a ser utilizado pelo mutuário, 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.

§ 15. Sem prejuízo do disposto no caput, o IOF incide sobre as operações de crédito à alíquota adicional de trinta e oito centésimos por cento, independentemente do prazo da operação, seja o mutuário pessoa física ou pessoa jurídica. (Incluído pelo Decreto nº 6.339, de 2008).

Então, quando não ficar definido o valor do principal, a base de cálculo do IOF será o somatório dos saldos devedores diários apurados no último dia de cada mês, sobre o qual incidirá a alíquota de 0,0041%. O período de apuração é mensal. O vencimento se dá no primeiro dia útil do mês subsequente. O tributo apurado é cobrado pelo credor do devedor. O fato gerador ocorre após iniciada a operação de crédito, indefinidas vezes, enquanto perdurar a operação, sem limite de prazo.

Há também a incidência de IOF-Complementar, tributação adicional de 0,38% sobre a soma mensal dos acréscimos diários.

Feito esses breves esclarecimento, passo a análise das características das operações da empresas coligada no caso ora em julgamento.

Das situações verificadas no curso da fiscalização, no que trata os Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital-AFAC, consta do Relatório Fiscal as seguintes constatações:

III.2.1.2. Das operações de crédito decorrentes dos contratos de Adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC)

41. Foram apresentados, pelo contribuinte qualificado em epígrafe, registros contábeis referentes a aportes financeiros, realizados à título de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital - AFAC, efetuados às empresas à seguir relacionadas (documentos anexos 19 a 29):

EMPRESAS LIGADAS	CNPJ	Conta nº
AMETHYST SPE S.A	08.619.661/0001-01	12711100001000000060
AQUAMARINE SPE S.A	08.587.739/0001-53	12711100001000000062
BRASCAN SPE RJ-1 S.A	08.619.661/0001-01	12711100001000000065
BRASCAN SPE RJ-2 S.A	08.988.753/0001-69	12711100001000000067
BRASCAN SPE RJ-3 S.A	09.226.048/0001-97	12711100001000000068
BRASCAN SPE SP-1 S.A	08.868.837/0001-69	12711100001000000066
EMERALD SPE S.A	08.026.284/0001-05	12711100001000000010
BRASCAN IMOBILIÁRIA ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES S.A	04.580.927/0001-07	12711100001000000012
ONYX SPE S.A	08.593.185/0001-05	12711100001000000061
RUBI SPE S.A	08.530.862/0001-38	12711100001000000008
SAPPHIRE SPE S.A	08.270.578/0001-70	12711100001000000011

42.Foi, então, iniciado procedimento fiscal visando verificar a natureza jurídica bem como o destino dos recursos contabilizados a título de AFAC, no ativo da fiscalizada, a partir de janeiro de 2007, tendo sido constatado, com base nos elementos apresentados pela contribuinte, em atendimento às intimações fiscais, que não foram declarados em DCTF valores do IOF referentes aos referidos mútuos celebrados com as empresas relacionadas acima.

43.A fiscalizada apresentou os contratos de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital - AFAC (documentos anexos 19 a 29) celebrados com as empresas acima relacionadas, justificando a natureza das operações realizada. Vale ressaltar que não foi apresentado contrato de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital - AFAC relativo ao aporte financeiro efetuado à empresa BRASCAN SPE SP-1 S.A 44.Através da documentação apresentada pelo contribuinte, fica evidenciado:

45. 1º- serem contratos celebrados na forma de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital, nos quais havia sido previsto que os respectivos créditos seriam desembolsados segundo as necessidades da pessoa ligada à fiscalizada

46. 2º- que houve previsão no contrato de que os adiantamentos seriam capitalizados em aumento de capital da pessoal ligada à fiscalizada em até 36 meses.

47. Elaboramos uma planilha (PLANILHA - APORTES FINANCEIROS 2007 (AFAC) X DATA DE CAPITALIZAÇÃO), com base nos documentos apresentados pela fiscalizada e análise dos registros contábeis, onde foram relacionados os contratos apresentados de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital celebrados pela empresa BROOKFIELD RIO DE JANEIRO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A. no ano calendário 2007 e suas controladas, bem como também foram relacionados a data do primeiro aporte financeiro.

48. Vale ressaltar que na referida planilha abaixo também foram incluídas todas as Atas de Assembleia Geral Extraordinária realizadas pelas controladas bem como as datas das respectivas capitalizações, segundo informações apresentadas pela própria fiscalizada (doc anexo 5)

PLANILHA - APORTES FINANCEIROS 2007 (AFAC) X DATA DE CAPITALIZAÇÃO
CONTRATOS DE ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL – AFAC

(...)

49. Não obstante a existência do devido registro contábil, conta nº 12711100001000000066, o contrato AFAC referente à empresa BRASCAN SPE SP-1 S.A não foi entregue a esta fiscalização, tampouco foi comprovada a respectiva capitalização.

50. Da análise dos contratos apresentados, ficou evidenciado:

51. 1º) que a fiscalizada concedeu crédito continuamente aos mutuários ao longo do ano calendário 2007. As concessões de créditos foram feitas continuamente através de liberação de várias parcelas, realizadas por registros ou lançamentos contábeis e utilizadas para fins de capital de giro próprio, tornando o sistema similar a uma conta corrente de mútuo financeiro (crédito rotativo) (documento anexo 6).

52. 2º) No período base fiscalizado (2007), há saldo diário de créditos não amortizados referente aos empréstimos acima relacionados, os quais serão base de cálculo para o IOF sob a modalidade de crédito rotativo, (documento anexo 6).

53. 3º) Que as capitalizações dos aportes realizados somente se efetivaram em 2008, conforme cópias das Atas de Assembleia Geral Extraordinária (AGE) para cada pessoa ligada à fiscalizada (documento anexo 7), ressalva feita à empresa BRASCAN SPE SP1, relativa à qual nem o contrato - AFAC, tampouco a comprovação da capitalização foram entregues pela fiscalizada

54. 4º) **Que, para todos os casos apresentados pelo contribuinte, as capitalizações somente se efetuaram a partir do mês de agosto de 2008, isto é, após decorridos 120 (cento e vinte) dias contados a partir do encerramento do período-base em que a sociedade coligada, interligada ou controlada tenha recebido os aportes financeiros à título de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital, em observância do Parecer Normativo CST nº 17, de 1984. (vide Atas de Assembleia Geral Extraordinária (AGE) apresentadas (vide documento anexo 7)**

55. 5º) Que, para todos os casos apresentados pelo contribuinte, as capitalizações não foram realizadas quando do primeiro ato formal da sociedade coligada, interligada ou controlada, que ocorra imediatamente após o recebimento dos recursos financeiros, no caso, da primeira Assembleia Geral Extraordinária (AGE) subsequente à entrega dos respectivos valores, em observância do Parecer Normativo CST nº 17, de 1984 (vide documentos anexos 7 e 8)

56.6º) Resta caracterizado que os valores adiantados somente foram convertidos em aumento de capital depois de transcorrido um longo período de tempo.

57. Portanto, a teor do Ato Declaratório Normativo CST nº 9/76, do Parecer Normativo CST nº 23/81 e da Instrução Normativa nº 127/88, tais aportes de capital, realizados a título de AFAC, consistiram, de fato, em operação de crédito (mútuo), portanto, sujeitos às regras de incidência do IOF.

58. Cumpre ressaltar que 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, conforme prevê o art. 13, da Lei nº 9.779, de 1999.

Logo, a exigência do IOF incidente sobre tais operações encontra-se prevista em lei.

59. A autuação refere-se, portanto, à cobrança de IOF incidente sobre aporte de capital realizado a título de AFAC. (grifou-se)

No presente caso, a auditoria fiscal constatou que as diversas transferências feitas pela recorrente em favor de empresas suas ligadas, embora tituladas de AFAC, não teriam cumprido os requisitos entendidos pela Administração Tributária como sendo necessários para validar aquele rótulo. Duas seriam essas condições, sempre relacionadas a prazos contados desde a formalização dos adiantamentos: cento e vinte dias ou quando do primeiro ato societário formal. Na esteira dessas constatações, autuou essas operações dando-lhes o rótulo de mútuos.

Para a fiscalização, o prazo aceitável para operações societárias seria o indicado no Parecer Normativo CST nº 17/1984: primeira AGE da investida ou 120 dias do encerramento do exercício em que se deram os aportes:

Parecer Normativo CST nº 17/1984

EMENTA - 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.

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.

7. Contudo, não se pode admitir que tais recursos fiquem indeterminadamente aguardando a capitalização pretendida, fazendo-se necessário definir um prazo máximo para o cumprimento das finalidades a que se destinem.

7.1 - Entendemos como razoável que o aumento de capital **seja realizado por ocasião do primeiro ato formal da sociedade coligada, interligada ou controlada, que ocorra imediatamente após o recebimento dos recursos financeiros, seja Assembleia Geral Extraordinária (AGE) para as sociedades por ações, ou alteração contratual, para as demais sociedades.**

7.1.1 - **Não ocorrendo um daqueles eventos previsto em 7.1, o prazo máximo de tolerância será de até 120 (cento e vinte) dias contados a partir do encerramento do período-base em que a sociedade coligada, interligada ou controlada tenha recebido os recursos financeiros.** (...)

8. A inobservância dos prazos referidos no item 7 acarretará a obrigatoriedade para a investidora, do cumprimento do que dispõe o art. 21 do Decreto-lei nº 2.065/83, reconhecendo na determinação do lucro real do período-base do vencimento do prazo demarcado, no mínimo, o valor correspondente à variação da ORTN, aplicada sobre o montante dos créditos existentes, desde a data de cada contratação. (grifos originais)

Mediante análise do Parecer citado, conclui a Autoridade Fiscal:

79. Segundo o Parecer transcrito, **o adiantamento de recursos passa a ter natureza de mútuo, caso não haja a capitalização no prazo de 120 dias.** A Coordenação do Sistema de Tributação entendeu ser esse interregno razoável para o cumprimento de todas as formalidades necessárias para a efetivação do aumento do capital social.

(...)

83.A mera apresentação de contratos onde conste formalmente Adiantamento para Futuro Aumento de Capital a ser disponibilizado não afasta a natureza das operações praticadas, que possuem, como visto, características de crédito rotativo. (grifou-se)

Como observado pelas conclusões citadas logo acima, a fiscalização admite que os adiantamentos foram efetivamente convertidos em participação societárias, embora isso tenha acontecido no ano seguinte (agosto de 2008) e após outros atos societários. Sendo assim, o prazo em que essa conversão aconteceu é o ponto central da controvérsia daqui para diante.

Nesse ponto, oportuna a transcrição do trecho do voto vencido:

O prazo de 120 estabelecido pelo Parecer Normativo CST nº 17, de 1984, tem por motivo a coibição dos abusos de alocação de recursos sob a rubrica de AFAC para subtraí-los à correção monetária de balanço. Nos seus termos, passado esse prazo ou a primeira operação societária subsequente ao adiantamento, ficaria descaracterizada a operação, de forma a submeter os valores envolvidos à correção monetária.

Extinta a figura da correção monetária, as implicações tributárias dos AFAC se deslocaram para o campo do IOF, na medida em que poderiam servir como escudo formal para efetivas operações de empréstimo. Assim foi que o prazo remanesceu como índice para identificar as operações de empréstimo feitas sob a máscara de adiantamentos.

Não obstante, no caso, o apego ao rigor do prazo de 120 dias se mostra despropositado.

A uma, porque os adiantamentos efetivamente se converteram em participação societária no exercício seguinte. Esse fato aponta no sentido de que não se estaria diante de uma operação de empréstimo camuflada de adiantamento.

A duas, porque essa conversão aconteceu antes do início da auditoria fiscal, numa demonstração de que não foi realizada simplesmente na tentativa de ocultar a realidade da fiscalização.

A três, porque os próprios contratos que formalizaram os AFAC previam um prazo de três anos para a conversão em participação, sendo que essa operação aconteceu no ano seguinte.

Esse panorama de fatos, próprios do caso sob exame, estão a indicar que os AFAC detectados pela autoridade fiscal não se prestaram a disfarçar operações de empréstimo, mas se tratavam, efetivamente, de adiantamentos com o objetivo de futuramente tornar-se participação societária, o que de fato aconteceu.

Nesse contexto, descaracterizar os AFAC para qualificá-los como mútuos tão somente porque não foram obedecidos prazos fixados pela Administração Tributária representaria uma contradição com a natureza efetiva das operações demonstrada pelos fatos.

A jurisprudência administrativa já se posicionou no mesmo sentido, como se vê no Ac. nº 103-23651, de 04 de fevereiro de 2009, que, por maioria fez prevalecer o seguinte entendimento:

IRPJ. ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL. DESCARACTERIZAÇÃO POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO DE 120 DIAS PARA CAPITALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O não atendimento pelo contribuinte ao prazo fixado em parecer normativo para a capitalização de AFAC não pode implicar descaracterização do ato societário praticado quando celebrado em caráter irrevogável e irretratável, e, menos ainda, hipótese de imposição tributária dela decorrente.

Interessante extrair do voto vencedor o seguinte trecho:

Parecer Normativo não pode modificar a natureza do ato societário praticado, no caso de caráter irrevogável e irretratável, **apenas pelo fato de que entende ser "razoável" e "suficiente" o prazo de 120 (cento e vinte dias) para a respectiva capitalização**. Há inúmeras razões de ordem fática e jurídica para que o AFAC não seja convertido em capital no prazo assinalado pelo Parecer Normativo e tais circunstâncias não podem alterar a natureza e substância jurídica do ato praticado, especialmente quando, reitere-se, o AFAC é praticado em caráter irrevogável e irretratável. O não atendimento ao prazo fixado no parecer normativo não pode implicar descaracterização do AFAC e, menos ainda, hipótese de criação de obrigação tributária dela decorrente, como ocorre no caso.

Em outro julgado, Ac. nº 3302-00.616, de 30 de setembro de 2010, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais adotou o entendimento assim levado à ementa:

IOF. NÃO INCIDÊNCIA. AFAC.

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

Portanto, dadas as características do caso, é de se afastar a exigência do IOF em relação aos AFAC efetivamente convertidos em participação societária. (grifou-se)

Portanto, não há dúvidas de que a recorrente registrou em sua contabilidade a transferência dos recursos como AFAC, bem como que tais recursos foram integralizados em aumento de capital em agosto de 2008, e foi desconsiderado pela autoridade fiscal, pelo fato de inobservância do prazo de 120 dias para a capitalização, nos termos do citado Parecer CST nº 17/1984.

Peço vênica para me reportar novamente ao Acórdão nº 3301-012.379, cujos fundamentos, adoto como razões complementares de decidir, *in verbis*:

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 citado Parecer Normativo CST nº 17 de 20/08/1984, como nos informa seu item de número 1 (um), foi editado para "**examinar os termos do art. 21. do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983**, ante os casos de adiantamento de recursos financeiros em dinheiro, sem remuneração ou com remuneração inferior àquela estipulada em lei, de pessoas jurídicas investidoras para sociedades coligadas, interligadas e controladas, com o comprometimento irrevogável e irretratável de sua destinação para aumento do capital social da tomadora dos recursos"(negritei e grifei).

Já o art. 21, do Decreto-Lei nº 2.065 de 1983 estabelecia que:

"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."

Percebe-se que o texto normativo acima, e por consequência o parecer, foi editado em um contexto em que vigia a correção monetária das demonstrações financeiras e, por entender que não seria admissível que as AFAC fossem indefinidamente sem correção aguardando a capitalização, resolveu a administração tributária fixar como razoáveis as regras abaixo:

"7.1 Entendemos como razoável que o aumento de capital seja realizado por ocasião do primeiro ato formal da sociedade coligada, interligada ou controlada, que ocorra imediatamente após o recebimento dos recursos financeiros, seja assembleia-geral extraordinária (AGE), para as sociedades por ações, ou alteração contratual para as demais sociedades.

7.1.1 Não ocorrendo um daqueles eventos previstos em 7.1, o prazo máximo de tolerância será de até 120 (cento e vinte) dias contados a partir do encerramento do período-base em que a sociedade coligada, interligada ou controlada tenha recebido os recursos financeiros."

Posteriormente, ainda regulando o tema, foi editada a Instrução Normativa SRF nº 127/88 que trouxe a seguinte definição:

"O Secretário da Receita Federal, no uso de suas atribuições e tendo em vista o disposto no art. 21 do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983, Declara:

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."

Veja que o diploma regulador acima veio tratar exatamente da caracterização dos AFAC para fins de aplicação do mesmo artigo 21, do Decreto-Lei nº 2.065 de 1983, qual seja a correção monetária dos valores envolvidos.

Considerando o fato de que a IN veio novamente regular a aplicação do artigo 21, do Decreto-Lei nº 2.065/83, é possível afirmar que a sua simples edição já é forte indicativo da ineficácia normativa do Parecer em análise. E ainda que se cogitasse da eficácia do referido parecer, a edição da IN tratando do mesmo assunto já seria suficiente para acarretar a sua revogação.

A Instrução Normativa SRF Nº 127 de 08/09/1988, por sua vez, foi expressamente revogada pela Instrução Normativa SRF nº 79 de 01/08/2000. Tal iniciativa, naturalmente, foi decorrente da alteração legislativa promovida pela Lei nº 9.249/96, que em seu artigo 4º veio assim dispor:

"Art. 4º Fica revogada a correção monetária das demonstrações financeiras de que tratam a Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989, e o art. 1º da Lei nº 8.200, de 28 de junho de 1991.

Parágrafo único. Fica vedada a utilização de qualquer sistema de correção monetária de demonstrações financeiras, inclusive para fins societários."

Vê-se, portanto, que há muito está revogado, ainda que de forma tácita, o Parecer Normativo CST nº 17/84, pois além do fato de a matéria nele tratada ter sido objeto de Instrução Normativa editada pelo Secretário da

Receita Federal também se tornou incompatível com o novo regime jurídico introduzido pelo artigo 4º, da Lei nº 9.249/96.

Se considerarmos que o citado parecer foi o ponto central utilizado pela autoridade fiscal no mister de descaracterizar os repasses financeiros como se AFAC fosse, é possível afirmar que a fundamentação para lavratura do auto de infração, no que se refere aos casos I, II e III está deficiente, já que todo o raciocínio jurídico empregado tem por premissa a aplicação de disposições contidas em um parecer ineficaz.

Em resumo, não é possível descaracterizar os AFAC com a simples aplicação das disposições contidas no Parecer Normativo nº 17/84, o que, no meu entendimento, leva, inevitavelmente, à improcedência do lançamento, nessa parte, por clara ausência de fundamentação fática.

E também, o acórdão nº 3302-007.242, j. 23/05/2019:

ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL. OPERAÇÃO DE MÚTUO. FALTA DE NORMA ESPECÍFICA.

Na falta de uma norma específica do IOF que imponha prazo limite para a capitalização dos chamados adiantamentos para futuro aumento de capital - AFAC, consubstancia ilegítima a cobrança de imposto sobre os adiantamentos quando esses, de fato, restam utilizados para aumento de capital.

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:

Art. 1.081. Ressalvado o disposto em lei especial, integralizadas as quotas, pode ser o capital aumentado, com a correspondente modificação do contrato.

§ 1º Até trinta dias após a deliberação, terão os sócios preferência para participar do aumento, na proporção das quotas de que sejam titulares.

§ 2º À cessão do direito de preferência, aplica-se o disposto no caput do art. 1.057.

§ 3º Decorrido o prazo da preferência, e assumida pelos sócios, ou por terceiros, a totalidade do aumento, haverá reunião ou assembleia dos sócios, para que seja aprovada a modificação do contrato.

Art. 166. O capital social pode ser aumentado:

I - por deliberação da assembleia-geral ordinária, para correção da expressão monetária do seu valor (artigo 167);

II - 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 (artigo 168);

III - por conversão, em ações, de debêntures ou parte beneficiárias e pelo exercício de direitos conferidos por bônus de subscrição, ou de opção de compra de ações;

IV - por deliberação da assembleia-geral extraordinária convocada para decidir sobre reforma do estatuto social, no caso de inexistir autorização de aumento, ou de estar a mesma esgotada.

§ 1º Dentro dos 30 (trinta) dias subseqüentes à efetivação do aumento, a companhia requererá ao registro do comércio a sua averbação, nos casos dos números I a III, ou o arquivamento da ata da assembleia de reforma do estatuto, no caso do número IV.

§ 2º O conselho fiscal, se em funcionamento, deverá, salvo nos casos do número III, ser obrigatoriamente ouvido antes da deliberação sobre o aumento de capital.

Art. 168. O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária.

§ 1º A autorização deverá especificar:

- a) o limite de aumento, em valor do capital ou em número de ações, e as espécies e classes das ações que poderão ser emitidas;*
- b) o órgão competente para deliberar sobre as emissões, que poderá ser a assembleia geral ou o conselho de administração;*
- c) as condições a que estiverem sujeitas as emissões;*
- d) os casos ou as condições em que os acionistas terão direito de preferência para subscrição, ou de inexistência desse direito (artigo 172).*

§ 2º O limite de autorização, quando fixado em valor do capital social, será anualmente corrigido pela assembleia-geral ordinária, com base nos mesmos índices adotados na correção do capital social.

§ 3º O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembleia-geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle.

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:

IOF. ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL - AFAC. NÃO INCIDÊNCIA.

Os adiantamentos para futuro aumento de capital social - AFAC, assim reconhecidos e registrados na escrituração contábil, e que da mesma forma permaneçam até a efetiva capitalização pela sociedade investida, não se configuram como mútuo, não estando, portanto, sujeitos à incidência do IOF. A ausência de formalização de compromisso de permanência das verbas na companhia investida, não desnatura os aportes efetivamente incorporados ao capital social da beneficiária.

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.

Assim, tem-se que:

- Foram efetuados registros contábeis consignando os valores recebidos como Adiantamento para Futuro Aumento de Capital;
- Houve a efetiva destinação desses valores ao capital social da entidade e em data anterior ao início da ação fiscal; e
- Os valores integralizados de capital são exatamente iguais aos registadas como AFAC.

O AFAC é instrumento societário cujo único objetivo consiste no futuro aumento de capital, por intermédio de adiantamentos de aportes financeiros realizados pelo investidor, a verificação da capitalização é, por conclusão, a prova suficiente da (efetiva) realização de AFAC.

Diante disso, na ausência de normas determinando que o AFAC seja formalizado ou demonstrado por contrato escrito e estando as transferências registradas na contabilidade da Recorrente e, existindo prova da ocorrência do aumento de capital, não há como se afirmar que houve o mútuo. Isso porque é a Lei que cria e extingue direitos e obrigações.

O arcabouço probatório trazido aos autos pela autoridade fiscal não são suficientes para sustentar a sua conclusão pela inexistência dos AFAC.

Em caso idêntico ao ora analisado, cito o entendimento assentado plena 3ª Turma da CSRF, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 9303-012.909, em sessão realizada na data de 18/02/2022, em que restou decidido o seguinte, *in verbis*:

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

Ano-calendário: 2010, 2011

ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL. FALTA DE NORMA ESPECÍFICA PARA DESCARACTERIZAR A OPERAÇÃO COMO AFAC COM ENQUADRAMENTO COMO OPERAÇÃO DE MÚTUO. IOF.

No presente caso, a autoridade fiscal não abordou eventual desrespeito aos ditames legais na operação de AFAC procedida pelo contribuinte. Ademais, não há que se desenquadrar uma operação como AFAC, enquadrando-a como mútuo para fins de exigência do IOF, sustentando, entre outros, como motivação o fato de o contribuinte não ter observado os requisitos dispostos pelo Parecer Normativo CST 17/84 e IN SRF 127/88, que impuseram, entre outros, a observância de prazo limite para a capitalização dos AFACs. Tais atos, inclusive, foram formalmente revogados, vez que se referiam a dispositivo do Decreto-Lei 2.065/83, que tratava de correção monetária de Balanços. (grifou-se)

No que diz respeito à conjuntura que circunda o lançamento em análise, releva o fato de os adiantamentos para futuro aumento de capital - AFAC - restarem utilizados, de fato, para aumento de capital da outra empresa, isso num prazo de um ano (tendo em mente a falta de norma específica do IOF que imponha prazo limite para a capitalização dos chamados adiantamentos) e muito antes de ocorrer o lançamento ora discutido (quase três anos de anterioridade).

Dessa forma, não havendo demonstração da irregularidade dos AFAC, e não tendo a fiscalização apresentado outros esclarecimentos para descaracterizar os AACS a não ser a inobservância do prazo de 120 dias para a capitalização, é de se afastar as exigências baseadas nessas operações.

III – Do dispositivo:

Diante do exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário, para no mérito dar provimento ao recurso para afastar as exigências baseadas em operações de AFAC.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Denise Madalena Green