



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.721040/2017-73
Recurso Voluntário
Resolução nº **3401-002.831 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 21 de março de 2024
Assunto IOF
Recorrente AGRA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência para determinar a juntada das Atas que resultaram em aumento de capital as AFACs, nos termos do voto da relatora.

(documento assinado digitalmente)

Marcos Roberto da Silva - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sabrina Coutinho Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Renan Gomes Rego, Matheus Schwertner Ziccarelli Rodrigues, Sabrina Coutinho Barbosa, Marcos Roberto da Silva (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da 2ª Turma da DRJ/JFA que decidiu pela improcedência da impugnação da empresa, ora Recorrente, para manter o lançamento fiscal de IOF sobre as operações de mútuo entre coligadas. A decisão foi assim ementada:

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

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

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

Não 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 sistematicamente caracterizam-se como uma operação de crédito correspondente a mútuo, nos exatos termos da configuração do fato gerador do IOF, previsto no art. 13 da Lei nº 9.779/99. A ocorrência de uma operação de crédito, para fins de incidência do IOF, independe da formalização de um contrato de mútuo.

Fl. 2 da Resolução n.º 3401-002.831 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 19515.721040/2017-73

LANÇAMENTO. REGISTROS CONTÁBEIS. ALEGAÇÃO DE ERROS NA CONTABILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO.

Tendo sido o lançamento fundamentado nos registros contábeis da autuada, cabe a esta comprovar a inexatidão destes registros, e, quando não logra fazê-lo, deve ser mantida a autuação.

IOF. MÚTUO ENTRE EMPRESAS LIGADAS. CONTRATO DE CONTA CORRENTE COM ABERTURA DE CRÉDITO. INCIDÊNCIA.

As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas do mesmo grupo empresarial, através de contrato de conta corrente com abertura de crédito rotativo, sujeitam-se à tributação pelo IOF, nos termos do artigo 13 da Lei n. 9.779/99.

ÔNUS DA PROVA. DEFESA. FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS OU EXTINTIVOS.

Cabe à defesa a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão fazendária.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF OPERAÇÃO DE MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS POR MEIO DE CONTA CORRENTE. INCIDÊNCIA.

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

MÚTUO ENTRE EMPRESAS LIGADAS. CONTA CORRENTE CONTÁBIL. CRÉDITO ROTATIVO. INCIDÊNCIA. CONTRATO DE MÚTUO. INEXIGIBILIDADE.

Os aportes de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ligadas e entre pessoa jurídica e pessoa física, sem prazo e valor determinado, realizado por meio de lançamentos em conta corrente contábil, caracterizam as operações de crédito correspondentes a mútuo, independente da formalização de contrato, sujeitas ao IOF.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

As multas de ofício que não forem recolhidas dentro dos prazos legais previstos estão sujeitas à incidência de juros de mora equivalentes à taxa SELIC, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Por economia processual, adoto o relatório do Acórdão Recorrido para retratar os fatos ocorridos até a decisão da DRJ:

Trata o presente processo de crédito constituído pela fiscalização, mediante a lavratura de auto de infração, para lançamento de IOF, incidente sobre operações de crédito entre pessoas ligadas, no ano-calendário 2012, sendo R\$ 21.568.909,32 relativos ao imposto, R\$ 11.789.042,40 relativos aos juros de mora e R\$ 32.353.363,95 relativos a multa proporcional (passível de redução).

Toda a ação fiscal encontra-se descrita no Relatório Fiscal de fls. 385/411, que acompanha os autos, de onde extraímos que o lançamento se deu em decorrência da existência de um sistema de conta corrente registrado em conta contábil criada para registro de adiantamentos para futuro aumento de capital. A ciência do lançamento ocorreu em 30/10/2017, realizada na pessoa de preposto, e em 29/11/2017 foi protocolada a peça de defesa de fls. 736/787.

Fl. 3 da Resolução n.º 3401-002.831 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19515.721040/2017-73

Após fazer uma curta explanação dos fatos apresentou suas razões de discordância que, como aponta a própria impugnante, pode ser resumida nos seguintes pontos:

"I – PRELIMINARMENTE

I.1 – Operou-se a decadência dos débitos de 01.01.2012 a 30.10.2012 por força do artigo 150, parágrafo 4º, do CTN, uma vez que (i) a Impugnante foi cientificada do presente lançamento em 31.10.2017 (fls. 717/718); (ii) houve recolhimento antecipado do IOF no período; e (iii) não se aplica a regra decadencial prevista no art. 173, inciso I, do CTN, pois o i. fiscal atuante não demonstrou que os atos que teriam sido praticados pela Impugnante se enquadrariam nas hipóteses previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, muito menos demonstrou que ela teria agido com intenção de fraudar o fisco, não se justificando a qualificação da multa.

I.2 – O i. fiscal atuante incluiu nos saldos diários apurados o valor do saldo acumulado em 31.12.2011 na conta contábil nº 1.2.5.02.01.001 - Adiantamento para Futuro Aumento de Capital, sem apresentar qualquer argumento para tanto, e ainda após o transcurso do prazo decadencial.

II – QUANTO AO MÉRITO

II.1 – É ilegítima a incidência do IOF sobre operações de crédito realizadas entre pessoas jurídicas não financeiras, uma vez que o art. 13 da Lei nº 9.779/99, pretenso fundamento legal do Auto de Infração, não se conforma à Constituição Federal, nem ao CTN.

II.2 e II.3 – Os repasses de numerários realizados pela Impugnante a empresas ligadas a título de AFAC não se subsumem à hipótese daquele dispositivo legal, e tampouco se subsumiriam à incidência de IOF ainda que se tratasse de conta corrente, visto que tais figuras não se assemelham e nem se confundem com mútuos de recursos financeiros.

III – SUBSIDIARIAMENTE

III.1 – Mesmo que se considere que os AFACs são operações de crédito compreendidas no campo de incidência do IOF, descrito no art. 13 da Lei nº 9.779/99, o que se admite apenas para fins de argumentação, tem-se que parte dos recursos foram utilizados para fins habitacionais, estando abrangidos, pois, pela isenção do IOF (Decreto nº 6.306, de 14.12.2007, art.9º, inciso I).

III.2 – Quando menos, devem ser deduzidos dos saldos devedores diários os valores escriturados nas contas contábeis nºs 2.2.7.02.01.001 –Adiantamento para Futuro Aumento de Capital e 2.2.7.01.07.001 – Partes Relacionadas, nas quais foram registrados os valores recebidos das empresas investidas em devolução de capital.

III.3 – Não incidem os juros moratórios sobre a multa de ofício por falta de amparo legal."

Finalizando sua peça defensiva, vem a impugnante requerer o acolhimento de sua defesa para o fim de reconhecer a insubsistência do lançamento.

É o relatório.

Mediante Recurso Voluntário, a Recorrente suplica o cancelamento do auto de infração e aponta como argumentos matérias fático-jurídicas, resumidas desta maneira:

I – PRELIMINARMENTE

I.1 – Operou-se a decadência dos débitos de 01.01.2012 a 30.10.2012 por força do artigo 150, § 4º, do CTN, uma vez que (i) a Recorrente foi cientificada do presente lançamento em 31.10.2017 (fls. 717/718); (ii) houve recolhimento antecipado do IOF no período; e (iii) não se aplica a regra decadencial prevista no art. 173, inciso I, do CTN, pois o i. fiscal atuante não demonstrou que os atos que teriam sido praticados pela Recorrente se enquadrariam nas hipóteses previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, muito menos demonstrou que ela teria agido com intenção de fraudar o fisco, não se justificando a qualificação da multa.

Fl. 4 da Resolução n.º 3401-002.831 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19515.721040/2017-73

I.2 – O i. fiscal autuante incluiu nos saldos diários apurados o valor do saldo acumulado em 31.12.2011 na conta contábil n.º 1.2.5.02.01.001 - Adiantamento para Futuro Aumento de Capital, sem apresentar qualquer argumento para tanto, e ainda após o transcurso do prazo decadencial.

II – QUANTO AO MÉRITO

II.1 – É ilegítima a incidência do IOF sobre operações de crédito realizadas entre pessoas jurídicas não financeiras, uma vez que o art. 13 da Lei n.º 9.779/99, pretendo fundamento legal do Auto de Infração, não se conforma à Constituição Federal, nem ao CTN.

II.2 e II.3 – Os repasses de numerários realizados pela Recorrente a empresas ligadas a título de AFAC não se subsumem à hipótese daquele dispositivo legal, e tampouco se subsumiriam à incidência de IOF ainda que se tratasse de conta corrente, visto que tais figuras não se assemelham e nem se confundem com mútuos de recursos financeiros.

III – SUBSIDIARIAMENTE

III.1 – Mesmo que se considere que os AFACs são operações de crédito compreendidas no campo de incidência do IOF, descrito no art. 13 da Lei n.º 9.779/99, o que se admite apenas para fins de argumentação, tem-se que parte dos recursos foram utilizados para fins habitacionais, estando abrangidos, pois, pela isenção do IOF (Decreto n.º 6.306, de 14.12.2007, art. 9º, inciso I).

III.2 – Quando menos, devem ser deduzidos dos saldos devedores diários os valores escriturados nas contas contábeis n.ºs 2.2.7.02.01.001 – Adiantamento para Futuro Aumento de Capital e 2.2.7.01.07.001 – Partes Relacionadas, nas quais foram registrados os valores recebidos das empresas investidas em devolução de capital.

III.3 – Não incidem os juros moratórios sobre a multa de ofício por falta de amparo legal.

É o relatório.

VOTO.

Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa, Relatora.

Conheço a peça recursal, eis que atendidos os requisitos legais de admissibilidade.

Consoante narrado, a discussão envolve o lançamento de IOF sobre os saldos apurados na conta contábil n.º 1.2.5.02.01.001 (Adiantamento para Futuro Aumento de Capital - AFAC), que, segundo a Autoridade Fiscal, são operações de mútuo realizadas pela Recorrente em suas investidas (controladas), no ano 2012, travestidas de AFAC.

As premissas adotadas pela Autoridade Fiscal foram: (i) ausência de deliberação do AFAC pelos sócios em até 120 dias, contados do encerramento do exercício social; e, (ii) ocorrência de repasses contínuos estruturados em regime de conta-corrente. Reproduzo trecho do Termo de Verificação Fiscal (e-fl. 394):

A utilizar uma rubrica contábil com a finalidade de pagamento de despesas das empresas ligadas, sem contrato formal de mútuo, caracteriza a existência de uma conta corrente, nesta incide o IOF que deverá ser apurado segundo as regras próprias das operações de crédito rotativo.

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

Fl. 5 da Resolução n.º 3401-002.831 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19515.721040/2017-73

Não há como se descaracterizar a natureza jurídica de mútuo do AFAC, pois sempre persiste a obrigação de restituir o montante emprestado mediante devolução dos valores adiantados – quando não se concretiza o aumento de capital.

O Imposto Sobre Operações Financeiras - IOF carece de negócio jurídico cujo objeto é a entrega de montante ou valor que constituía a obrigação contratual (Art.3.º do Decreto n.º 6.306/2007), tendo como critério material de hipótese de incidência tributária as operações de (i) crédito; (ii) câmbio; (iii) seguros; e, (iv) títulos ou valores imobiliários.

Como sujeitos passivos (critério pessoal) têm-se as instituições financeiras, empresas de factoring e empresas coligada, interligada, controladora e controlada, tipos elencados no Decreto n.º 6.306/2007 e na Lei n.º 9.779/99, *in verbis*:

Decreto n.º 6.306/2007:

Art. 2.º O IOF incide sobre:

I-operações de crédito realizadas:

a) por instituições financeiras (Lei n.º 5.143, de 20 de outubro de 1966, art. 1.º);

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 n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 15, § 1.º, inciso III, alínea “d”, e Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 58);

c) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (Lei n.º 9.779, de 19 de janeiro de 1999, art. 13);

II-operações de câmbio (Lei n.º 8.894, de 21 de junho de 1994, art. 5.º);

III-operações de seguro realizadas por seguradoras (Lei n.º 5.143, de 1966, art. 1.º);

IV-operações relativas a títulos ou valores mobiliários (Lei n.º 8.894, de 1994, art. 1.º);

V-operações com ouro, ativo financeiro, ou instrumento cambial (Lei n.º 7.766, de 11 de maio de 1989, art. 4.º).

Lei n.º 9.779/99:

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

Precisamente, sobre a operação de crédito (inciso I, art. 2.º), ela se dá mediante mútuo.

Sabe-se que no contrato de mútuo 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 na 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).

SHOUERI e GALDINO de forma precisa e didática traçam as peculiaridades do mútuo aptas a diferenciá-lo das operações de conta corrente, confira-se:

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.

Fl. 6 da Resolução n.º 3401-002.831 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 19515.721040/2017-73

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.

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 reside 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.

Ainda, segundo SHOUERI e GALDINO (2023¹), 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:**

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

¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF sobre Mútuo de Recursos Financeiros abrange Contratos de Conta Corrente? Revista Direito Tributário Atual n° 53. ano 41. p. 261-302. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre 2023. Pág. 267/268).

Fl. 7 da Resolução n.º 3401-002.831 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19515.721040/2017-73

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.

Os negócios mostram-se, portanto, distintos. Consequentemente, atraem base legal própria, sendo o Decreto n.º 6.306/2007 e na Lei n.º 9.779/99 aplicáveis aos negócios de mútuo.

Reitero mútuo reclama contrato unilateral, obrigação legal estrita ao dever de devolver a coisa de igual gênero, qualidade e quantidade e encargos legais. Enquanto que a conta corrente por reunir fluxo de caixa das empresas do mesmo grupo a fim de simplificar as relações comerciais empreendidas, exige anotações das entradas, vontade entre as empresas (bilateral) e onerosidade.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n.º 590.186/RG (Certidão de Julgamento em 11/10/2023), se debruçou sobre a incidência de IOF nas operações de mútuo entre coligadas, 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.

Observe que o STF, no controle de constitucionalidade, esclarece que o art. 13 da Lei 9.779/99 trouxe como hipótese de incidência do IOF as operações de mútuo firmadas entre empresas do mesmo grupo econômico (particulares), ainda que nenhuma delas seja instituição financeira. A decisão, de relatoria do Emin. Ministro Relator Dr. Cristiano Zanin, restou assim firmada:

(...)

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 .

Fl. 8 da Resolução n.º 3401-002.831 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 19515.721040/2017-73

[...]

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.

(...)

Da leitura, entendo que o IOF-crédito é exigível nos contratos de mútuo firmados entre empresas coligado-interligadas, sem alcançar as transações efetuadas mediante conta corrente, porquanto inexistente a subsunção do fato à norma.

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 nos autos do PAF nº 15504.723993/2015-82 (Acórdão nº 3401-004.340), 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. Reproduzo a sua avaliação no que nos importa:

“(...)

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

(...)

Fl. 9 da Resolução n.º 3401-002.831 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19515.721040/2017-73

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 PNCST23/81, alhurestranscrito, entende que os AFACs, cumpridas as exigências, devem ser mantidos fora do patrimônio líquido, ao fundamento que, por serem esses adiantamentos considerados obrigações para com terceiros, podem ser exigidos pelos titulares enquanto o aumento de capital não se concretizar, enquanto a Resolução CFC 1.159/09 orienta a sua inclusão no patrimônio líquido, tendo em vista o princípio da essência sobre a forma.

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

Ainda, referenciando o Acórdão, o i. Conselheiro Relator aponta como atos infra legais a serem observados como condições qualificadoras do AFAC os Pareceres Normativos CST n.ºs 133/1975, 23/1981 e 17/1984; IN SRF n.º 127/88; e, Resolução CFC n.º 1.159/2009..

À vista disto, entendo que a falta de norma legal para dar tratamento às operações de AFAC torna ineficaz 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, como ainda, excede suas atribuições, a exemplo de prazo para deliberação dos sócios, em até 120 dias contados do encerramento do exercício social para aprovação do AFAC (Parecer CST 17/1984), posteriormente superado pela IN SRF n.º 127/88.

Tem-se, no entanto, a Resolução CFC n.º 1.159/2009 que estabelece a forma que se dará o registro contábil dos recursos nas contas das empresas coligadas, interligadas, controladora e controlada, vejamos:

RESOLUÇÃO CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE - CFC N.º 1.159 DE 13.02.2009 Aprova o Comunicado Técnico CTG 2000 que aborda como os ajustes das novas práticas contábeis adotadas no Brasil trazidas pela Lei n.º. 11.638/07 e MP n.º. 449/08 devem ser tratados.

[...]67. O Ajuste a Valor Presente deve ser aplicado de acordo com a NBC TG 12 – Ajuste a Valor Presente.

Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (AFAC)

68. Esse grupo não foi tratado especificamente pelas alterações trazidas pela Lei n.º. 11.638/07 e MP n.º. 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.

Além da Resolução do Conselho Federal de Contabilidade, coube a Lei n.º 6.404/76 e o Código Civil, dispor regras a serem observadas para o aumento de capital nas sociedades anônimas, *in verbis*.

Lei n.º 6.404/76:

Art. 166. O capital social pode ser aumentado:

Fl. 10 da Resolução n.º 3401-002.831 - 3ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 19515.721040/2017-73

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;(Vide Lei nº 12.838, de 2013)

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. (Vide Lei nº 12.838, de 2013)

§ 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. (Vide Lei nº 12.838, de 2013)

Art. 167. A reserva de capital constituída por ocasião do balanço de encerramento do exercício social e resultante da correção monetária do capital realizado (artigo 182, § 2º) será capitalizada por deliberação da assembleia-geral ordinária que aprovar o balanço.

§ 1º Na companhia aberta, a capitalização prevista neste artigo será feita sem modificação do número de ações emitidas e com aumento do valor nominal das ações, se for o caso.

§ 2º A companhia poderá deixar de capitalizar o saldo da reserva correspondente às frações de centavo do valor nominal das ações, ou, se não tiverem valor nominal, à fração inferior a 1% (um por cento) do capital social.

§ 3º Se a companhia tiver ações com e sem valor nominal, a correção do capital correspondente às ações com valor nominal será feita separadamente, sendo a reserva resultante capitalizada em benefício dessas ações.

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.

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.

Fl. 11 da Resolução n.º 3401-002.831 - 3ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19515.721040/2017-73

§ 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 assembléia dos sócios, para que seja aprovada a modificação do contrato.

Salvo melhor juízo, não se observa prazo para deliberação do AFAC em Assembleia, ficando a critério dos sócios a melhor prática. Tal fato fica claro na Exposição de Motivos da Lei n.º 6.404/76:

5. Com o objetivo anteriormente definido - que, afinal, constitui a base institucional das Sociedades Anônimas - o Projeto busca elaborar um sistema baseado nos seguintes princípios:

a) ampla liberdade para o empresário escolher os valores mobiliários que melhor se adaptem ao tipo de empreendimento e às condições do mercado, num grande espectro de alternativas que vai da disciplina das novas ações, com ou sem valor nominal, à criação das várias espécies de debêntures, bônus de subscrição e partes beneficiárias (estas conservadas, porém com limitações);

b) a essa liberdade devem corresponder regras estritas de responsabilidade dos administradores, de direito e de fato (o acionista controlador);

c) a modernização da estrutura jurídica da grande empresa não pode ser imposta inopinadamente, mas exige um período mais ou menos longo para ser absorvida por empresários, pelo mercado e pelos investidores; **daí o Projeto ter adotado, sempre que possível, a forma de opções abertas à empresa, que as adotará se e quando julgar conveniente (títulos novos, formas de administração, grupamentos de empresas e outros)**, não obstante as normas de proteção ao minoritário se revestirem de caráter cogente (comportamento e responsabilidade dos administradores, informações ao público, direitos intangíveis dos acionistas e outras);

d) para facilitar a compreensão da nova lei, foi mantida, em sua estrutura básica, a ordem das matérias observada pelo vigente Decreto-Lei n.º 2.627, de 1940, e, sempre que possível, a redação por este adotada;

Isto posto, somente descaracteriza a operação de AFAC se ausente o efetivo aumento de capital!

Este posicionamento, inclusive, 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 n.ºs 9303-012.913 e 9303-012.909 da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Também cabe citar o voto da Conselheira Semíramis de Oliveira Duro no bojo do PAF n.º 19515.720054/2019-31, que ratifica a necessidade de demonstração pela Autoridade Fiscal de inoccorrência 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.

Fl. 12 da Resolução n.º 3401-002.831 - 3ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 19515.721040/2017-73

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 n.º 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) n.º 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 n.º 11.638/07 e MP n.º 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 n.º 11.638/07 e MP n.º 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 n.º 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 n.º 127/88, regulando a mesma matéria, que, por sua vez, foi revogada pela Instrução Normativa n.º 79/2000. Isso porque não há nenhuma norma específica do tributo IOF que imponha prazo limite para a capitalização dos AFACs. Nesse sentido, acórdão n.º 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 n.º 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

Fl. 13 da Resolução n.º 3401-002.831 - 3ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 19515.721040/2017-73

operação de mútuo, quando os adiantamentos, de fato, restam utilizados para aumento do capital da sociedade investida.

Evidente a inexistência de prazo legal para a integralização do AFAC, aliás, de norma própria do IOF-crédito sobre o AFAC.

Com base nas premissas delineadas no presente voto, restou afastado o prazo de 120 (cento e vinte) dias para integralização do AFAC, no entanto o Colegiado entende que a integralização do capital não pode permanecer indefinidamente, isto é, “*ad eternum*”.

Por essa razão, converte-se o julgamento em diligência para que a Unidade de Origem intime a recorrente para que, em 60 (sessenta) dias, apresente todas as atas de deliberação do AFAC em Assembleia.

Vencido o prazo, com ou sem manifestação, retornem os autos ao CARF para conclusão do julgamento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sabrina Coutinho Barbosa