

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

ISABELLA REGINA SARTORI

INCIDÊNCIA DO IOF EM CONTRATOS DE ADIANTAMENTO PARA FUTURO
AUMENTO DE CAPITAL (AFAC) NA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA DO
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (CARF)

São Paulo
2023

ISABELLA REGINA SARTORI

INCIDÊNCIA DO IOF EM CONTRATOS DE ADIANTAMENTO PARA FUTURO
AUMENTO DE CAPITAL (AFAC) NA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA DO
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (CARF)

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Faculdade
de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie,
como requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Caio Augusto Takano

São Paulo
2023

ISABELLA REGINA SARTORI

INCIDÊNCIA DO IOF EM CONTRATOS DE ADIANTAMENTO PARA FUTURO
AUMENTO DE CAPITAL (AFAC) NA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA DO
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (CARF)

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Faculdade
de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie,
como requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Resultado: _____ Nota: _____

São Paulo, _____ de _____ de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Caio Augusto Takano
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr./ Me./ Esp. e nome (examinador)
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr./ Me./ Esp. e nome (examinador)
Universidade Presbiteriana Mackenzie

RESUMO

Em razão da similaridade existente entre os contratos de AFAC e operações de mútuo, as quais estão sujeitas ao imposto sobre operações financeiras, na modalidade “crédito” (“IOF-Crédito”), e considerando a inexistência de expressa previsão legal acerca da definição e do correto tratamento contábil a ser conferido ao AFAC, os participantes do mercado passaram a discutir, perante as autoridades brasileiras, as diferenças existentes entre operações de mútuos e AFACs, visando ao desenquadramento dos AFACs da hipótese de incidência do IOF-Crédito. Nesse contexto, o presente artigo busca levantar os critérios adotados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais para que haja ou não a possibilidade de incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (“IOF”) sob contratos de adiantamento para futuro aumento de capital (“AFAC”). Ademais, para a realização desta pesquisa, foi empregada metodologia baseada em pesquisa bibliográfica, incluindo a consulta de doutrinas de direito tributário, artigos científicos relevantes, e principalmente, a análise da jurisprudência atual do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais.

Palavras-chave: Adiantamento para Futuro de Capital. Imposto sobre Operações Financeiras. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

ABSTRACT

Due to the similarity between AFACs and loan operations, which are subject to the Tax on Financial Operations in the "credit" mode ("IOF-Credit") and considering the lack of explicit legal provisions regarding the definition and proper accounting treatment to be given to AFACs, market participants began to discuss, before Brazilian authorities, the differences between loan operations and AFACs in order to exclude AFACs from the incidence of IOF-Credit. In this context, this article aims to raise the criteria adopted by the Administrative Council for Tax Appeals regarding the possibility of incidence of the Tax on Financial Operations ("IOF") on contracts for future capital increase ("AFAC"). Moreover, to conduct this research, a methodology based on bibliographic research was employed, including the consultation of tax law doctrines, relevant scientific articles, and mainly the analysis of the current jurisprudence of the Administrative Council for Tax Appeals.

Keywords: Advance for Capital Futures. Financial transaction tax. Board of Tax Appeals.

LISTA DE ABREVIATURAS

AFAC	Adiantamento para Futuro Aumento de Capital
AGE	Assembleia Geral Extraordinária
CARF	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
COPEL	Companhia Paranaense de Energia
CSRF	Câmara Superior de Recursos Fiscais
CTN	Código Tributário Nacional
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
EC	Emenda Constitucional
IN	Instrução Normativa
IOF	Operações Financeiras
ORTN	Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional
PAS	Processo Administrativo Sancionador
PN	Parecer Normativo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	AFAC: DEFINIÇÃO E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL	8
3	HISTÓRICO LEGISLATIVO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF)	11
	3.1 O CONCEITO RESTRITO DE “MÚTUO RECURSOS FINANCEIROS”	12
4	NATUREZA JURÍDICA DO AFAC	14
	4.1 ENTENDIMENTO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS E DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL SOBRE A NATUREZA	14
5	INCIDÊNCIA DE IOF SOBRE A AFAC NA JURISPRUDIÊNCIA ADMINISTRATIVA	16
	5.1 PRECEDENTES DESFAVORÁVEIS	16
	5.2 PRECEDENTES FAVORÁVEIS	18
6	CONCLUSÃO	21
	REFERÊNCIAS	22

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico busca evidenciar os critérios levantados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) no que tange a incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) sobre a figura contratual conhecida como Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (AFAC).

A discussão se mostra relevante, tendo em vista o alargamento do campo de incidência do IOF-Crédito para operações de mútuo realizadas por empresas não financeiras, com a entrada em vigor do art. 13 da Lei nº 9.779/99.

Depreende-se, portanto, que a depender da natureza jurídica do AFAC, isto é, caso este se enquadre como operação de mútuo, existirão consequências tributárias distintas referentes ao IOF.

Assim, para sanar a *questio juris* apresentada acima será abordado neste trabalho a legislação aplicável aos AFACs, bem como a definição de sua natureza jurídica, o histórico legislativo do IOF até a edição da Lei nº 9.779/99, e os critérios considerados pelo CARF com relação à incidência de IOF sobre o AFAC, haja vista a ausência de entendimento jurisprudencial consolidado.

2 AFAC: DEFINIÇÃO E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

O AFAC consiste em uma operação financeira por meio da qual são transferidos, de determinada pessoa na qualidade de investidora, a título de adiantamento, recursos financeiros em dinheiro a serem destinados a futuro aumento do capital social da tomadora dos recursos.

O instituto do AFAC é uma construção das práticas de mercado, e, até o momento, não foi expressamente regulado na legislação brasileira, mas sua admissibilidade e recepção jurídica já é matéria pacífica em interpretações de autoridades fiscais e sob normas contábeis específicas em relação à forma de contabilização e tratamento.

Segundo Moraes e Kuhl (2015, p. 87-105): “[...] sob a ótica prática, a realização de um AFAC justifica-se por diversos fatores, dentre os quais podemos destacar: (i) necessidade de aportar recursos de novo sócio sem que se altere a estrutura societária; (ii) necessidade imediata de aporte de recursos na sociedade para quitação de obrigações vencidas ou vincendas, por falta de caixa; (iii) impossibilidade de valoração do preço da ação no momento do ingresso de novo sócio na sociedade, entre outros motivos empresariais”.

Em que pese a falta de legislação acerca do tema, as autoridades fiscais já se manifestaram sobre esse instituto em diferentes oportunidades no passado, principalmente por meio de pareceres normativos. De modo geral, tais pareceres normativos¹ tratavam sobre assuntos que não mais têm pertinência, mas continuam em vigor e trazem considerações importantes e que são utilizadas até os dias de hoje para outros fins.

Por exemplo, o Parecer Normativo (PN), nº 23/1981 trata sobre os efeitos de AFACs vis-à-vis as regras de correção monetária de balanço, mais especificamente para fins de definir a data de início da correção monetária de acréscimos à conta de capital.

De acordo com tal parecer normativo, AFACs devem ser mantidos fora do patrimônio líquido das sociedades até o momento em que a assembleia-geral extraordinária deliberar pela capitalização dos respectivos AFACs, nos termos do artigo 166 da Lei das S/A (1976). Um dos fundamentos utilizados por tal parecer normativo, é que AFACs são “considerados obrigações para com terceiros, podendo ser exigidos pelos titulares enquanto o aumento de capital não se concretizar”.

De forma semelhante, o PN nº 28/1984 concluiu que valores ingressados em sociedades por ações a título de AFAC passam a integrar o patrimônio líquido da companhia, para fins dos

¹ Parecer Normativo CST nº 23/83 e Parecer Normativo CST nº 23/81.

procedimentos de correção monetária do balanço, a partir do momento em que a assembleia-geral deliberar pela subscrição e integralização de ações mediante capitalização do AFAC.

Contudo, para o presente artigo, imperiosa se faz a análise do parecer normativo nº 17, editado em 21 de dezembro de 1984 (PN 17/1984), tendo em vista que tal parecer analisou se AFACs realizados por pessoa ligada seriam considerados mútuos e, dessa forma, estariam sujeitos à regra contida no artigo 21 do Decreto-lei nº 2.065/1983, que dispõe que 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 das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN).

O fisco concluiu que, a regra do artigo 21 do Decreto-lei nº 2.065/1983 não seria aplicável de forma imediata a valores aportados por sócios/ acionistas a título de AFAC já que estes não caracterizariam mútuo.

Consta dos itens 5 e 6 do PN 17/1984 que: “são complexas e demoradas as formalidades a serem operadas até a concretização do aumento de capital das sociedades” e, portanto, AFACs sem remuneração ou com remuneração inferior à fixada em lei devem ficar a salvo da regra do artigo 21 do Decreto-lei nº 2.065/1983.

Todavia, em seu item 7 o PN 17/1984 faz a ressalva de que “não se pode admitir que tais recursos [aportados por meio de AFAC] fiquem indeterminadamente aguardando a capitalização pretendida, fazendo-se necessário definir um prazo máximo para o cumprimento das finalidades a que se destinam”.

Continuando a construção, tal parecer normativo definiu ser razoável que a capitalização de AFACs seja realizada “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” (item 7.1).

Não ocorrendo um desses eventos, o prazo máximo de tolerância seria de até 120 dias contados do encerramento do período-base em que a sociedade coligada, interligada ou controlada tenha recebido os recursos financeiros (item 7.1.1).

Todavia, é importante considerar que, ainda que o referido parecer consubstancie entendimentos ou interpretações da lei tributária e são editados pela autoridade fiscal com eficácia normativa, este não está embasado em lei, tendo em vista que ainda não há qualquer previsão legal que fixe prazo para capitalização dos AFACs.

De todo modo, a Instrução Normativa (IN) nº 127/1988² já revogada, confirmou parcialmente o conteúdo do PN 17/1984, dispondo que AFACs sem remuneração ou com remuneração inferior às taxas de mercado não configuram operação de mútuo, não estando sujeitos, portanto, ao disposto no artigo 21 do Decreto-lei nº 2.065/1983, desde que (a) haja comprometimento contratual e irrevogável de que os recursos se destinam a futuro aumento de capital e (b) o aumento de capital seja efetuado por ocasião da primeira AGE ou alteração contratual, conforme o caso, que se realizar após o ingresso dos recursos na sociedade tomadora.

² A Instrução Normativa SRF nº 127/1988 fora revogada pela Instrução Normativa SRF nº 79/200.

3 HISTÓRICO LEGISLATIVO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS (IOF)

Considerando o conteúdo do PN 17/84, e o alargamento do campo de incidência trazido pelo art. 13 da Lei 9.779/99 permitindo a cobrança de IOF sobre mútuos entre empresas não financeiras, é necessário adentrar na evolução histórica do referido imposto.

Conforme leciona Schoueri e Guimarães (1999, p. 206-222): “No Brasil, o IOF surgiu como imposto substituto ao "imposto do selo", tributo cuja existência remonta aos tempos do Brasil-colônia, e incidia sobre documentos e papéis representativos da celebração de atos e negócios jurídicos”.

O IOF, fora instituído pela Lei nº 5.143/66, e posteriormente recepcionado pelo Código Tributário Nacional (lei complementar), a qual dispôs sobre normas gerais aplicáveis.

Nesse contexto, importante mencionar que ambas as legislações se respaldaram no conteúdo da Emenda Constitucional (EC) nº 18/65, que em seu artigo 14, I., atribuiu a União o imposto sobre “operações de crédito, câmbio e seguro e sobre operações relativas a títulos e valores imobiliários”. Além disso, a EC 18/65, art. 14, § 1º, estipulou ao poder executivo que o produto de sua arrecadação seria destinado a “formação de reservas monetárias”, e permitiu a este a possibilidade de alteração tanto de alíquotas, como também de sua base de cálculo, nos limites estabelecidos pela lei³.

A respeito da lei de regência (Lei nº 5.143/66), esta previu apenas a incidência de IOF sobre operações de crédito e de seguros realizadas por instituições financeiras e seguradoras. Diferentemente, reproduziu o Código Tributário Nacional (CTN) ao recepcionar as 04 modalidades trazidas pela EC nº18/65, nos artigos 63 ao 67, quais sejam, operações de crédito, crédito, câmbio e seguro e sobre operações relativas a títulos e valores imobiliários, sendo os contribuintes os tomadores de créditos.

Ao cuidar do tema, Quiroga (1999, p. 116) destaca que: “no bojo do conceito de “operações” está inserida uma concepção dinâmica das relações sociais, em detrimento de uma visão estática. Os negócios jurídicos concernentes às operações são bilaterais e pressupõe a existência de pessoas em relação oposta. Tome-se como exemplo uma operação de crédito. Nesta temos aquele que dá crédito e aquele que o recebe. E da mesma forma ocorre em relação às operações de câmbio, seguro e relativas a título ou valores mobiliários”.

Ainda em consonância com a EC nº18/65, o CTN facultou a modificação das alíquotas e base de cálculo do imposto ao Poder Executivo, nos termos da lei, restando, portanto,

³ Emenda Constitucional nº 18/1965, art. 14, § 1º.

incontroverso que as disposições deste diploma legal encontram-se em harmonia com a lei instituidora do IOF.

Posteriormente, sob a vigência da Constituição de 1967, extinguiu-se a obrigatoriedade da destinação do produto de sua arrecadação à formação de reservas monetárias⁴. Subsequentemente, com a EC nº 1/69 o Poder Executivo ficou impedido de modificar as alíquotas e base de cálculo do IOF, por falta de previsão.

Outrossim, com a entrada em vigor da Constituição de 1988, foi reinstituído ao Poder Executivo a possibilidade de alteração da alíquota do imposto, todavia, manteve-se a proibição quanto a mudança de sua base de cálculo. Outra modificação relevante⁵ se deu quanto a destinação do produto da arrecadação do IOF, vez que passou a ser vedada a vinculação de receita de impostos a órgão⁶, fundo ou despesa, de modo que a vinculação a um fundo monetário tornou-se inconstitucional.

3.1 O CONCEITO RESTRITO DE “MÚTUO RECURSOS FINANCEIROS”

Finalmente, ao entrar em vigência o art. 13 da Lei nº 1.9779/99 (*in verbis*), fora ampliada a incidência do IOF-Crédito para operações de mútuo realizadas por empresas não financeiras⁷.

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.

Notoriamente, o fato gerador desta hipótese pressupõe a existência de um contrato de mútuo, e a consequente concessão do crédito. A contrário sensu, pode-se concluir que a operação que não se adentrar no conceito de mútuo não estará sujeita a cobrança de IOF-Crédito.

Nesse sentido, lecionam Moreira e Gaia (2015, p. 28-41) que: “Tal assertiva decorre do princípio da especificidade conceitual fechada em matéria tributária que, tal como na seara penal, exige a ocorrência in concreto e perfeita do fato descrito abstratamente na lei para fazer

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, art. 22, parágrafo 3º.

⁵ Atualmente, tais diplomas legais encontram-se consolidados no Decreto nº 6.306/07 (Regulamento do IOF).

⁶ Constituição Federal de 1988, art. 167, IV.

⁷ Posteriormente, o Decreto 6.307/07, em seu art. 2º, I, determinou também que o IOF incide sobre “operações de crédito realizadas (...) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e física”.

surgir o dever tributário. Some-se a isso a regra expressa do CTN que veda a tributação com base em analogia (art. 108, parágrafo 1º), refletindo no âmbito infraconstitucional, o mandamento dessumível da Lei Maior.”

Nesse seguimento, também se posicionou o Ministro Marco Aurélio (1994)⁸ no julgamento do RE nº 166.772/RS ao interpretar o art. 110 do CTN⁹, conforme se depreende do trecho abaixo:

Já se disse que ‘as questões de nome são de grande importância, porque, elegendo um nome ao invés do outro, torna-se rigorosa e não suscetível de mal-entendido uma determinada linguagem’ (Studi Sulla Teoria Generali del Diritto, Torino – G. Chappicheli, edição 1955, p. 37).

(...)

Realmente, a flexibilidade de conceitos, o câmbio do sentido destes, conforme os interesses em jogo, implicam insegurança incompatível com o objeto da própria Carta Magna que, realmente é um corpo político, mas o é ante parâmetros que o encerra, e estes são imunes ao real sentido dos vocábulos, especialmente os de contornos jurídicos.

Posto isso, para diferenciar as operações de mútuo dos contratos de AFAC, imperiosa se faz a análise de sua natureza jurídica, que será abordada no item 4 deste artigo.

⁸ RE n. 166.772. Tribunal Pleno. Publicação em 16.12.1994. Relator Min. Marco Aurélio.

⁹ Art. 110 do CTN. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

4 NATUREZA JURÍDICA DO AFAC

Conforme elucidado no capítulo anterior, 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 financeiras¹⁰.

Com base no exposto, percebe-se a importância de determinar se AFACs podem de fato ser considerados como operações de mútuo, atraindo a incidência do IOF-crédito nos termos explicados acima.

Pois bem, mútuo é contrato típico previsto e regulado nos artigos 586 e seguintes do Código Civil e apresenta determinadas características próprias, sendo a principal delas a transferência de bem fungível (geralmente dinheiro) de uma parte para outra, com a obrigação de o mutuário devolver bem do mesmo gênero dentro de determinado período.

A causa do mútuo é permitir que o devedor use e frua temporariamente de bem fungível, devendo restituí-lo ao mutuante. O contribuinte do imposto é o mutuário, mas como regra, a responsabilidade pelo recolhimento é atribuída ao mutuante.

Além disso, não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo serão aqueles previstos no artigo 592 do Código Civil, como apresentado a seguir.

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 sementeira;
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.

Ao tratar do contrato de mútuo para fins de incidência do IOF, Xavier (2013, p. 22), destaca que: “a causa-função do mútuo consiste em permitir a utilização temporária da coisa fungível pelo mutuário com obrigação de a restituir”. Ainda, “no mútuo existe uma rigorosa predeterminação tanto da identidade do credor e do devedor, quanto do valor a restituir”.

4.1 ENTENDIMENTO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS E DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL SOBRE A NATUREZA

Conforme trazido à baila por Moraes e Kuhl (2015, p. 87-105): “A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), através do Processo Administrativo Sancionador (PAS) nº 21/04, ao tratar sobre o dever de diligência do administrador, firmou o entendimento de que AFAC seria,

¹⁰ Lei nº 9.779/1999, artigo 13.

primordialmente, um mútuo que, subsidiariamente, contempla ser transformado em investimento, a posteriori, conforme se depreende a seguir:

(...) Eu também acompanho o voto do Diretor Relator, observando, em relação ao que foi dito da tribuna sobre os AFACs, que, a não ser que o AFAC contenha cláusula que preveja o não pagamento, estabelecendo que o aumento de capital será a única utilização possível dos recursos mutuados, ele nada mais é do que um mútuo que contempla uma opção de investimento. Portanto, a análise que se faz em primeiro lugar é de crédito, fazendo-se subsidiariamente uma análise de investimento.

Assim, ou o AFAC é um mútuo que pode ser utilizado, de acordo com a faculdade do mutuante, para aumento de capital (hipótese em que a análise que será feita inclui uma análise de crédito como outra qualquer), ou o AFAC não permite a alternativa de pagamento em dinheiro. Ele, portanto, é uma faculdade de integralização de futuro aumento de capital. E, neste caso, os deveres dos administradores que a ele aplicam são os mesmos que se aplicam à decisão de uma análise de investimento em aumento de capital. (Voto proferido pelo presidente da CVM, Marcelo Fernandez Trindade, na Sessão de Julgamento do dia 15 de maio de 2007).

Assim, pode-se concluir do trecho do voto proferido pelo então presidente da CVM que o AFAC seria, primordialmente, um mútuo que, subsidiariamente, contempla ser transformado em investimento, a posteriori.”.

(Voto proferido pelo presidente da CVM, Marcelo Fernandez Trindade, na Sessão de Julgamento do dia 15 de maio de 2007).

Já no âmbito da Receita Federal do Brasil, conforme mencionado no item 2, o entendimento exarado é de que o AFAC deve ser qualificado, juridicamente, como um contrato de mútuo (regra), exceto se houver a realização de um aumento de capital no prazo nele estabelecido (exceção), tal como determina o PN 17/1984.

5 INCIDÊNCIA DE IOF SOBRE A AFAC NA JURISPRUDIÊNCIA ADMINISTRATIVA

A questão tratada no PN 17/1984 foi também objeto de algumas decisões do CARF, que de modo geral aplicou tal parecer normativo na determinação dos efeitos fiscais de AFACs de forma desfavorável aos contribuintes, conforme será explicado no item 5.1 deste artigo.

5.1 PRECEDENTES DESFAVORÁVEIS

O acórdão 3301-002.282, de 27 de março de 2014, analisou situação em que o fisco desconsiderou aportes de recursos feitos pelo contribuinte a título de AFAC, requalificando-os como negócio de mútuo, uma vez que os valores transferidos permaneceram em aberto por longos períodos, não observando o estabelecido no PN 17/1984, qual seja, a capitalização dos aportes dentro do prazo de 120 dias contados do encerramento do período-base em que a sociedade coligada, interligada ou controlada tenha recebido os recursos financeiros (item 7.1.1).

Vale notar que o conselheiro relator, seguindo o que havia sido decidido em 1º grau, afastou a aplicação do IOF-crédito nessa situação, sob o argumento de que a legislação específica do IOF não estabelece prazo máximo para que AFACs sejam capitalizados. Consideraram ainda que o PN 17/1984 não diz respeito ao IOF, mas sim ao Imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, e, portanto, não poderia ser usado como base para cobrança do IOF-crédito.

Entretanto, prevaleceu o entendimento de outro julgador, que, levando em consideração as circunstâncias do caso, requalificou os AFACs para operações de mútuo e concluiu ser aplicável o IOF-crédito, considerando as regras estabelecidas no PN 17/1984.

Além disso, outros pontos já foram levantados pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) e pelo CARF como requisitos para que os AFACs não configurem operações de mútuo.

No acórdão 3401- 004.338 de 2018, ao analisar contexto fático semelhante ao descrita acima, qual seja, desqualificação do AFAC para mútuo, vez que houve demora no prazo de capitalização, o CARF também elencou que a destinação de verbas para futuro aumento de capital deve ser precedida de compromisso formal que preveja essa circunstância, e que esta operação seja irreversível e/ou irrevogável, conforme determina a IN SRF nº 127/1998. Deste modo, a operação deve-se destinar exclusivamente a aumento do capital social da entidade receptora dos recursos, e não ser devolvidos à parte que os disponibilizou.

Importante retomar, que a referida IN aderiu parcialmente o conteúdo do PN 17/1984, não recepcionado, porém, o prazo para capitalização de 120 dias contados do encerramento do período-base em que a sociedade coligada, interligada ou controlada tenha recebido os recursos financeiros. De forma menos severa, a IN dispôs que o aumento de capital seja efetuado por ocasião da primeira AGE ou alteração contratual, conforme o caso, que se realizar após o Ingresso dos recursos na sociedade tomadora.

Nesse contexto, o CARF¹¹ concluiu que, inobservadas essas condições, deveria a entrega ou disponibilização de recursos financeiros caracterizar operação de mútuo e sujeita-se à incidência do IOF-Crédito.

Cumprindo ainda mencionar, que o Relator, ao desconsiderar que tais normas se deram no contexto do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, elucidou que:

A despeito da ausência de lei em sentido estrito, deve ser reconhecido que há legislação que alberga o tema, tomada a acepção do termo “legislação” na forma do arts. 96¹² e 100, I ¹³ do CTN, o que respaldaria a validade da IN SRF 127/88 ao assinalar os requisitos de validade do AFAC, para efeito de desqualificar-se como mútuo, sem que, com isso, haja qualquer afronta às disposições do art. 97 ¹⁴ do mesmo diploma legal, uma vez que não há instituição, extinção, majoração ou redução de tributos, fixação de alíquota ou base de cálculo, ou mesmo definição de fato gerador, mas tão-somente estipulação de obrigações acessórias.

Nesse mesmo sentido, posicionou-se a CSRF ao apreciar o acórdão 9303-009.825 de 2019, onde foi reforçado o entendimento de que é “basilar como motivo da descaracterização das operações ditas como AFAC, pois não foge somente ao razoável, beirando o inconcebível, que um investidor faça aportes, mais que significativos, sem nenhum compromisso, de parte a parte, e que só se veja concretizado o seu (alegado) objetivo mais de cinco anos depois”. Neste caso, a operação também fora reclassificada como mútuo, portanto sujeita a regra do art. 13, da Lei n. 9.779/99.

¹¹ Nesse sentido, acórdãos CARF nº 3301-002.282 de 27.03.14, 3401-004.340 de 30.01.18, 3401-004.365 de 31.01.18.

¹² Art. 96 do CTN. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

¹³ Art. 100, I do CTN. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas.

¹⁴ Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

É possível perceber dos julgados acima que o fisco e o CARF vêm realizando uma análise mais detida de operações de AFAC para determinar se de fato se caracterizam como tal, ou se revestem a natureza de mútuo. Em alguns casos foi considerado o PN 17/1984 nessa análise, mas em outros o CARF não seguiu à risca os termos de referido PN e ainda assim desqualificou os AFACs.

5.2 PRECEDENTES FAVORÁVEIS

Em que pese as decisões mencionadas acima, recentemente, a 3ª Turma da CSRF proferiu duas decisões, por meio da aplicação do art. 19-E da Lei nº 10.522, de 2002¹⁵ que demonstram um cenário mais favorável aos contribuintes em discussões acerca do tratamento fiscal dos AFACs.

No caso objeto do acórdão nº 9303-012.909 de 18.02.2022, a Companhia Paranaense de Energia (COPEL) disponibilizou recursos, a título de AFAC, em favor das Centrais Elétricas do Rio Jordão (Elejor). Contudo, não houve a capitalização dos recursos objeto do AFAC, os quais foram devolvidos à COPEL. Neste contexto, a COPEL foi autuada para recolhimento do IOF-Câmbio sobre os valores do AFAC, o qual foi requalificado como uma operação de mútuo.

O voto vencedor¹⁶ (que prevaleceu nos termos do art. 19-E da Lei 10.522) ressaltou que não existe, na legislação do IOF, nenhuma norma que equipare AFACs a contratos de mútuo.

Ainda, esclareceu que tal equiparação decorreu do PN 17/1984, o qual não tem nenhuma relação com o IOF, mas sim com o imposto de renda. Isso porque, a legislação tributária considerava como uma possível distribuição disfarçada de lucros o empréstimo de dinheiro para pessoas relacionadas, caso a empresa mutuante tivesse acumulado lucros ou reservas no momento do negócio, vide trecho destacado abaixo:

Diante da dúvida existente quanto à aplicação da referida regra aos adiantamentos para futuro aumento de capital, a Coordenação do Sistema de Tributação da Receita Federal normatizou o entendimento de que, se a capitalização não ocorresse na primeira AGE ou alteração contratual, nem viesse a ser efetivada no prazo máximo de 120 dias contados da data de encerramento do período base da sociedade tomadora dos recursos, o AFAC seria equiparado a um contrato de mútuo, ficando a mutuante obrigada a reconhecer a correção monetária do valor mutuado, sob pena de restar caracterizada a distribuição disfarçada de lucros.

A finalidade do Parecer Normativo CST nº 17, de 20/08/1984, em última análise, era prevenir a distribuição disfarçada de lucros entre empresas ligadas, que poderia ser intentada, num ambiente inflacionário, mediante a realização de AFAC's sem perspectiva de aprovação do aumento de capital.

¹⁵ Critério de desempate pró-contribuinte no julgamento de processos administrativos de determinação e exigência do crédito tributário, introduzido pela Lei nº 13.988, de 14.04.2020.

¹⁶ Nesse sentido, acórdãos CARF nº 3302-006.035 de 23.10.2018 e 3302-007.242 de 23.05.2019.

No entanto, essa presunção poderia ser descartada se a empresa mutuante reconhecesse, para fins de cálculo do lucro real, pelo menos o valor correspondente à correção monetária (conforme estabelecido no artigo 21 do Decreto-lei nº 2.065, de 26/10/1983 – objeto do PN CST nº 17, de 20/08/1984).

Neste cenário, e considerando ainda “que em nenhum momento a autoridade fiscal manifestou que a operação de AFAC desrespeitou os ditames legais”, foi negado provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Já no acórdão nº 9303-012.913 de 2022, a autuação se deu tendo em vista a realização de AFACs pela M Dias Branco S.A. Indústria e Comércio de Alimentos (M Dias), para disponibilização de recursos à Adria Alimentos do Brasil Ltda. (Adria) – entidade na qual a M Dias não detinha participação acionária à época da celebração dos AFACs – os quais somente foram capitalizados após decorrido o lapso de mais de dois anos, contados do recebimento dos aportes.

O voto vencido consignou que, apesar de não haver norma legal estabelecendo prazo para conversão do AFAC, o período de mais de dois anos entre a disponibilização dos recursos e sua capitalização seria longo e injustificado, o que suportaria a tributação dos valores pelo IOF-Crédito.

Interessante notar que consta da descrição dos fatos do Auto de Infração, transcrita no acórdão da CSRF, que já havia, inclusive, ocorrido outra alteração do contrato social da Adria antes da capitalização – o que seria um dos requisitos para a descaracterização do AFAC, nos termos do PN 17/1984 e de decisões anteriores do CARF, cf. comentado acima.

Todavia, este item não foi comentado nos votos proferidos pela CSRF que constam do acórdão. O voto vencedor, em linha com o exposto acima, reiterou a inaplicabilidade do PN 17/1984, e ponderou que a demora na capitalização do AFAC não caracterizaria a operação como mútuo sujeito à incidência de IOF-Crédito, confira-se o trecho destacado abaixo:

“Ademais, tal como dito alhures, o disposto no Parecer Normativo CST 17/84, que estabeleceu requisitos para o enquadramento da operação como AFAC, quais sejam, que o adiantamento se destine, específica e irrevogavelmente ao aumento do capital da beneficiária e 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 – ainda que sejam de discutível legalidade, pois não havia ou há previsão legal para tanto, baseou-se no art. 21 do Decreto-Lei 2.065/53 que, por sua vez, tratava da atualização monetário do Balanço.

Proveitoso recordar que a IN SRF 127/88, de discutível legalidade e que repetia os requisitos dispostos no Parecer, foi, inclusive, revogada pela IN SRF 79/00. Sendo assim, a demora na capitalização do adiantamento para futuro aumento de capital – AFAC não caracteriza a operação como mútuo e passível de incidência de IOF.”

Apesar de as decisões favoráveis mencionadas acima relativizarem os requisitos usualmente considerados para a requalificação de AFAC em mútuo (e.g. devolução de valores, ocorrência de deliberação de sócios sem capitalização do AFAC, inobservância ao prazo de 120 dias), ainda não é possível vislumbrar consolidação de jurisprudência favorável ao contribuinte quanto aos efeitos fiscais de AFACs, sob a ótica de incidência do IOF-crédito.

6 CONCLUSÃO

A realização de adiantamentos para futuro aumento de capital social é prática cada vez mais recorrente dentro do cenário corporativo. Nesse contexto, e considerando a falta de lei sobre o tema, o Fisco e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais se fragmentaram em duas posições quanto a incidência de IOF sobre tais contratos.

A primeira corrente, de forma desfavorável, considera que, em regra, (i) tais contratos devem ser celebrados por meio de instrumento formal e irrevogável, firmado por ambas as partes; (ii) os recursos devem se destinar exclusivamente a aumento do capital social da entidade receptora dos recursos, e não ser devolvidos à parte que os disponibilizou; e (iii) a integralização dos recursos ao capital social deve ocorrer até a primeira AGE ou alteração contratual, após o ingresso dos recursos na sociedade tomadora e/ou dentro do prazo de 120 dias estabelecido pelo PN 17/1984.

Já a segunda corrente, mais favorável ao contribuinte, pondera que, (i) em não havendo na legislação do IOF norma que equipare AFACs a contratos de mútuo, e (ii) considerando que as normas editadas pelo Fisco, mais precisamente o PN 17/1984 e a IN SRF nº 127/88, foram destinadas ao contexto da apuração do Imposto de Renda, não há como haver a incidência do IOF sobre os AFACs, em respeito ao princípio da legalidade.

Seja como for, em casos como este, onde não há tratamento legal específico e/ou regulamentação em diploma de envergadura legal, mas apenas em atos opinativos e normativos da Secretaria da Receita Federal que não foram editados no contexto de aplicação das regras do IOF, a conclusão forçosa é a de que, uma vez que os contratos de AFAC não se revestem das características de um contrato de mútuo, porquanto não há obrigação de restituir a transferência do bem fungível (dinheiro), mas sim o dever de capitalizá-lo em momento posterior ao recebimento dos recursos, e em respeito ao princípio da legalidade, ante a ausência de lei específica que institua requisitos para a referida integralização, esta figura contratual não se submete a regra do art. 13 da Lei nº 9.779/99, bem como aos parâmetros levantados pelo CARF na primeira corrente, estando, portanto, fora do campo de incidência do IOF-Crédito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Vide Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969). *Diário Oficial da União*: Brasília, 24 de janeiro de 1967; 146º da Independência e 79º da República.

BRASIL. Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007. Regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF. DOU de 17.12.2007 e retificado em 8.1.2008. Decreto nº 7.011, de 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983. Altera a legislação do Imposto de Renda, dispõe sobre o reajustamento dos aluguéis residenciais, sobre as prestações dos empréstimos do Sistema Financeiro da Habitação, sobre a revisão do valor dos salários, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 162º da Independência e 95º da República, 28 out. 1983.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*: Brasília, 17 de outubro de 1969; 148º da Independência e 81º da República.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 18 de 1º de dezembro de 1965. Reforma do Sistema Tributário. *Diário Oficial da União*: Brasília, 1º de dezembro de 1965.

BRASÍLIA. Instrução Normativa RFB Nº 1958, de 05 de junho de 2020. [Revoga Instruções Normativas no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).] *Visão Multivigente*: Publicado(a) no DOU de 08/06/2020, seção 1, página 18.

BRASIL. Instrução Normativa SRF Nº 127, de 30 de outubro de 1998. Institui a Declaração Integrada de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ e estabelece normas para a sua apresentação]. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 10, 02 nov.1998.

BRASIL. Instrução Normativa SRF nº 127 de 08 de setembro de 1988. Dispõe sobre adiantamentos financeiros para futuro aumento de capital, feitos por pessoa jurídica à sociedade coligada, interligada ou controlada. Norma Federal - Publicado no DO em 09 set 1988.

BRASIL. Legislação Informatizada – Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966. Institui o Imposto sobre Operações Financeiras, regula a respectiva cobrança, dispõe sobre a aplicação das reservas monetárias oriundas de sua receita, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, p. 12203, 24 de out. de 1966.

BRASIL. Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999. Altera a legislação do Imposto sobre a Renda. Vide Decreto nº 6.306, de 2007. *Diário Oficial da União*: Congresso Nacional, em 19 de jan. de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: 181º da Independência e 114º da República, Brasília, DF, 19 de julho de 2002.

BRASIL. Ministério da Economia. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Processo nº 18471.000772/2008-26. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguros ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF). Acórdão nº 9303-009.825 – CSRF / 3ª Turma. *Ministério da Economia*: 10 de dez. de 2019.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Terceira Seção de Julgamento. Processo nº 11052.000318/2010. Normas Gerais de Direito Tributário. Acórdão nº 3401004.338 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária. Relator: Robson José Bayerl. Período de apuração: 31/01/2006 a 31/12/2006. *Ministério da Fazenda*: 30 de jan. 2018.

BRASIL. Parecer Normativo CST nº 17, de 20 de agosto de 1984. Imposto sobre a renda e proventos. Publicado(a) no DOU de 22 de ago. de 1984, seção 1, página 0.

BRASIL. Parecer Normativo CST nº 23 de 26 de junho de 1981. Dúvidas têm sido levantadas quanto a fixação da data de início da correção monetária de acréscimos a conta de capital, especialmente no que se refere a ingressos de recursos nas sociedades anônimas, representados por adiantamentos com finalidade específica para futuro aumento de capital social. Norma Federal - Publicado no DO em 02 jul.1981.

BRASIL. Parecer Normativo CST nº 23 de 22 de novembro de 1983. Decreto-Lei nº 2.065/83. Norma Federal - Publicado no DOU em 24 nov. 1983.

BRASIL. Parecer Normativo CST nº 28 de 21 de dezembro de 1984. Considera-se integrado ao patrimônio líquido da sociedade por ações o capital novo, desde o momento da integralização das ações subscritas. Norma Federal - Publicado no DO em 27 dez 1984.

BRASÍLIA. Lei das Sociedades por Ações (Lei das S/A), 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Ministério da Fazenda*: Brasília, 15 de dezembro de 1976; 155º da Independência e 88º da República.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes; KUHL, Thiago Jorge. Importantes considerações sobre a não incidência do IOF sobre adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC). São Paulo: *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 240, set., 2015.

DISTRITO FEDERAL. Parecer Normativo CST Nº 17, de 20 de agosto de 1984. Imposto sobre a renda e proventos. *Original*: seção 1, p. 0, Publicado(a) no DOU de 22 de ago. de 1984.

MIGIYAMA, Tatiana Midori. Fl. 11 do Acórdão nº 9303-012.913 – CSFR/3ª Turma Processo nº 10380.014637/2008-75. *Carf*: Conselho de Administração de Recursos Fiscais CARF: Inteiro Teor. 2022.

MOREIRA, André Mendes; GAIA, Patrícia Dantas. A não incidência do IOF-crédito sobre os contratos de conta corrente entre empresas do mesmo grupo econômico. *Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT)*, n. 232, jan., 2015.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. Os impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários. Conceitos fundamentais. *Tributação internacional e dos mercados financeiros e de capitais*, 1999.

RE n. 166.772. Tribunal Pleno. Publicação em 16.12.1994. Relator Min. Marco Aurélio. XAVIER, ALBERTO. A distinção entre contrato de conta-corrente e mútuo de recursos financeiros para efeitos de IOF. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 208. São Paulo: Dialética, jan. de 2013.

RIO DE JANEIRO. Sessão de julgamento do processo administrativo sancionador CVM nº 21/04. Rio de Janeiro, 15 de maio de 2007.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GUIMARÃES, Camilla Cavalcanti Varella. *IOF e as Operações de Mútuo*. In: Valdir de Oliveira Rocha. (Org.). *Grandes Questões Atuais de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, v. 3, 1999.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Isabella Regina Sartori, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº (41841621), período (noturno), turma (U), tendo realizado o TCC com o título: INCIDÊNCIA DO IOF EM CONTRATOS DE ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL (AFAC) NA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (CARF) sob a orientação do(a) Professor Caio Augusto Takano, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 08 de maio de 2023.



Assinatura do discente