



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10480.722541/2013-13
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-011.771 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 18 de agosto de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008, 2009

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. COMPROVAÇÃO DE DIVERGÊNCIA.

É requisito para o conhecimento do recurso especial a demonstração e comprovação da divergência jurisprudencial, mediante a apresentação de acórdão paradigma em que, enfrentando questão fática equivalente, a legislação tenha sido aplicada de forma diversa.

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

Ano-calendário: 2008, 2009

IOF. FATO GERADOR. OPERAÇÕES DE CRÉDITO. SEM PRAZO OU VALOR DEFINIDO. DECADÊNCIA

O lançamento tributário calculado com base no artigo 7º, inciso I, alínea "a" do Decreto n. 6.306/2007 utiliza como base de cálculo o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês. Este mesmo Decreto, em seu artigo 3º, §1º, inciso I, estabelece que o fato gerador do IOF ocorre na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado. Pela leitura conjunta dos dois dispositivos, conclui-se que na apuração dos saldos devedores diários, base de cálculo do IOF, a Fiscalização não pode computar valores que haviam sido transacionados anteriormente ao prazo decadencial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Valcir Gassen (relator), Tatiana Midori Migiyama, Érika Costa Camargos Autran, e Vanessa Marini Cecconello, que não conheceram do recurso. No mérito, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, negou-se provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Rodrigo Mineiro Fernandes, Jorge Olmiro Lock Freire e Rodrigo da Costa Pôssas, que davam provimento. Designado o conselheiro Luiz Eduardo para redigir o voto vencedor com relação ao conhecimento.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Valcir Gassen - Relator

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Tatiana Midori Migiyama, Rodrigo Mineiro Fernandes, Valcir Gassen, Jorge Olmiro Lock Freire, Erika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial (e-fls. 1217 a 1227), interposto pela Fazenda Nacional, em 4 de maio de 2017, em face do Acórdão nº 3402-003.988 (e-fls. 1199 a 1215), de 29 de março de 2017, integrado pelo Acórdão nº 3402-006.323 (e-fls. 1419 a 1425), de 27 de março de 2019, proferidos pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF.

A decisão proferida no Acórdão nº 3402-003.988 ficou assim ementada:

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

Ano-calendário: 2008, 2009

INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Configurada a intempestividade da peça recursal, interposta após decorrido o prazo de 30 dias contados da ciência da decisão de primeira instância, nos termos dos artigos 33 e 42, I, do Decreto nº 70.235/1972 (Processo Administrativo Fiscal PAF), não é possível o conhecimento do recurso voluntário.

DECADÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

Por se tratar de matéria de ordem pública, a decadência pode ser conhecida de ofício pelo julgador, a qualquer tempo do processo.

IOF. FATO GERADOR. OPERAÇÕES DE CRÉDITO. SEM PRAZO OU VALOR DEFINIDO. DECADÊNCIA

O lançamento tributário calculado com base no artigo 7º, inciso I, alínea "a" do Decreto n. 6.306/2007 utiliza como base de cálculo o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês. Este mesmo Decreto, em seu artigo 3º, §1º, inciso I, estabelece que o fato gerador do IOF ocorre na data

da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado. Pela leitura conjunta dos dois dispositivos, conclui-se que na apuração dos saldos devedores diários, base de cálculo do IOF, a Fiscalização não pode computar valores que haviam sido transacionados anteriormente ao prazo decadencial.

PRAZO DE DECADÊNCIA SEM ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO. REsp 973733/SC.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação e não havendo pagamento antecipado, o prazo de decadência deve ser contado nos termos do art. 173, inciso I, do CTN.

Recurso voluntário provido em parte.

Assim ficou a deliberação da Turma:

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não tomar conhecimento do recurso voluntário por ser intempestivo e, por maioria de votos, reconhecer de ofício a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos antes de 30/11/2007. Vencido o Conselheiro Jorge Freire quanto à decadência. O Conselheiro Rodolfo Tsuboi participou do julgamento em substituição ao Conselheiro Diego Diniz Ribeiro, que se declarou impedido.

Diante de tal decisão o Contribuinte apresentou Embargos de Declaração (e-fls. 1303 a 1309), em 5 de novembro de 2018.

Por meio do Despacho de Embargos de Declaração (e-fls. 1407 a 1418), de 12 de fevereiro de 2019, o Presidente da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção do CARF acolheu parcialmente os embargos, apenas no que diz respeito à inexatidão material referente às contas contábeis 112062 e 112087, ao invés de 126062 e 122087.

O Acórdão nº 3402-006.323, em embargos, ficou assim ementado:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008, 2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS INOMINADOS. ERRO MATERIAL. FUNÇÃO DO INSTRUMENTO. HIPÓTESES. ARTIGO 66 DO RICARF. CABIMENTO.

De acordo com o artigo 66 do RICARF, no caso de embargos inominados o que se busca é a correção de inexatidão material, devida a lapso manifesto e de erros de escrita ou de cálculo. Portanto, trata-se de instrumento para correção questões objetivas, sobre as quais não pairam dúvidas. Até a edição do Decreto nº 7.574, de 2011, tais correções podiam ser promovidas por meio de despacho do Presidente da Câmara. Entretanto, após o referido Decreto, que em seu artigo 67 determina que as inexatidões materiais deverão ser corrigidas "mediante a prolação de um novo acórdão", houve uma integração ao conteúdo dos artigos 31 e 32 do Decreto 70.235/72, devendo ser prolatado novo julgamento Colegiado para a correção de tais pontos.

Servindo os embargos de declaração apresentados pela parte justamente para os fins supramencionados, devem ser conhecidos e julgados como inominados, corrigindo-se o erro material constatado no acórdão embargado.

A deliberação ficou assim:

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os Embargos Inominados para sanar a inexatidão material, nos termos do voto da relatora.

Por intermédio do Despacho de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial S/N – 4ª Câmara (e-fls. 1230 a 1233), de 29 de maio de 2017, o Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção do CARF deu seguimento ao recurso interposto pela Fazenda Nacional.

Salienta-se, que diante das decisões ementadas acima, o Contribuinte também interpôs Recurso Especial (e-fls. 1437 a 1462), em 11 de junho de 2019.

No Despacho de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial (e-fls 1602 a 1611), o Presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção do CARF negou seguimento ao recurso do Contribuinte por falta de divergência relativamente à matéria denominada “Intempestividade do Recurso Voluntário em razão da intimação eletrônica via Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), com ciência por decurso de prazo”.

Diante de tal decisão o Contribuinte apresentou Agravo (e-fls. 1621 a 1645) em 2 de dezembro de 2019. Por meio do Despacho em Agravo CSRF/3ª Turma (e-fls. 1658 a 1668), em 23 de março de 2020, a Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais manteve a negativa de seguimento ao recurso do Contribuinte.

O Contribuinte apresentou Contrarrazões (e-fls. 1392 a 1404), em 14 de novembro de 2018, em que requer o não conhecimento do recurso da Fazenda Nacional e, se conhecido, que seja negado provimento, com a manutenção do cancelamento da cobrança do crédito tributário referente aos valores transacionados antes de 1.12.2007.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Valcir Gassen, Relator.

Conhecimento

No Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional foram indicados como acórdãos paradigmas o Acórdão n.º 3301-002.282 e o Acórdão n.º 3101-001.796, com o intuito de demonstrar e comprovar a divergência jurisprudencial em face do acórdão recorrido, no que tange à decadência de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, acolhida na decisão.

No despacho ficou assim consignado o entendimento pela admissibilidade do recurso da Fazenda Nacional:

(...)

Como visto o colegiado não conheceu do recurso voluntário por intempestividade, contudo entendeu que deveria reconhecer de ofício parcelas já decaídas, cujos fatos geradores ocorreram antes de 30/11/2007. A Turma entendeu que o fato gerador do IOF ocorreria com a disponibilização dos recursos e, dessa forma, não poderia compor a não pode compor a base de cálculo do IOF, consistente do somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês, o “saldo inicial” relacionado a fatos geradores ocorridos antes de 30/11/2007, declarando, por isso, a decadência do crédito tributário referente a todas as operações de crédito anteriores a essa data, que devem ser expurgadas da base de cálculo do IOF devido

A Fazenda Nacional alega que há julgado no CARF, em caso semelhante, que a Turma julgadora teria firmado entendimento no sentido de que nas operações nas operações de crédito em que o valor do principal é desconhecido o fato gerador e a base de cálculo não são definidas pela data da disponibilidade dos recursos e sim pelo somatório dos saldos devedores diários”. Nesse sentido, indicou como paradigma o Acórdão nº 3301-002.282, cuja ementa transcreve-se abaixo:

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

Ano-calendário: 2007, 2008

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.

IOF. ADIANTAMENTOS EFETUADOS PARA EMPRESAS LIGADAS COM A FINALIDADE DE PAGAMENTOS DE DESPESAS.

A utilização de uma rubrica contábil com a finalidade de pagamento de despesas de empresas ligadas, sem contrato formal de mútuo, caracteriza a existência de uma conta-corrente, devendo-se apurar o IOF devido segundo as regras próprias das operações de crédito rotativo.

IOF. MÚTUOS PACTUADOS VERBALMENTE ENTRE EMPRESAS LIGADAS.

A utilização de uma rubrica contábil para registrar transferências de recursos entre empresas ligadas, sem contrato formal de mútuo,

caracteriza a existência de uma conta-corrente, devendo-se apurar o IOF devido segundo as regras próprias das operações de crédito rotativo.

IOF. ASSUNÇÃO DE DÍVIDA DE MÚTUO

Nos termos do § 10 e 11 do art. 7º do RIOF, há a incidência do IOF nos negócios assemelhados de operação de crédito em que haja substituição do devedor, sendo que sua base de cálculo é o valor renegociado da dívida.

IOF. DECADÊNCIA.

O prazo decadencial para lançamento do IOF é de 5 anos contados da ocorrência do fato gerador nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

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 referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Recurso de Ofício Provido Recurso Voluntário Negado Crédito Tributário Mantido

A Fazenda Nacional coleciona, ainda, o Acórdão 3101-001.796 onde restou firmado o entendimento de que a base de cálculo do IOF, relativamente aos contratos de mútuo nos quais o valor do empréstimo contraído e o prazo de duração são indefinidos, são os respectivos saldos devedores diários apurados no último dia útil de cada mês. Assim, entendeu equivocado o argumento do contribuinte de que agiu mal a Fiscalização ao transportar para o mês de julho de 2007 (período autuado) o saldo existente no mês de junho de 2006 (período anterior à autuação).

Abaixo se transcreve a ementa desse julgado:

IOF. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES DE MÚTUO DE RECURSOS FINANCEIROS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS E ENTRE PESSOAS JURÍDICAS E FÍSICAS

As operações de crédito correspondentes a mútuos de recursos financeiros entre pessoas jurídicas e entre pessoas jurídicas e físicas sujeitam-se à incidência do imposto segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.

IOF. CONTRATOS DE MÚTUO. BASE DE CÁLCULO. SALDOS DEVEDORES DIÁRIOS APURADOS NO ÚLTIMO DIA DE CADA MÊS.

A base de cálculo do IOF, relativamente aos contratos de mútuo nos quais o valor do empréstimo contraído e o prazo de duração são indefinidos, são os respectivos saldos devedores diários apurados no último dia útil de cada mês.

AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A multa de ofício de 75 % (setenta e cinco por cento) aplicada nos lançamentos de ofício esta prevista no inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS. INCOMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 2 DO CARF.

O CARF é incompetente para apreciar questões que versem sobre constitucionalidade das leis tributárias.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

Pois bem.

Assim, constata-se que diferentemente ao decidido no acórdão recorrido, os paradigmas apresentados entenderam que não seria admitida a dedução da base de cálculo do IOF dos saldos iniciais das contas relacionados a períodos anteriores ao da autuação. Alegaram que isso é próprio da apuração e da composição da base de cálculo do IOF em operações de crédito por meio de conta corrente, em que o movimento financeiro se dá sem prazo definido, extinguindo-se pelo mecanismo de débitos e créditos.

É de concluir-se, portanto, que restou comprovada a divergência jurisprudencial.

Com a devida vênia ao entendimento exposto acima, cabe análise pormenorizada para verificar se há ou não divergência interpretativa.

O Contribuinte, em Contrarrazões, pede o não conhecimento e para tanto aduz as seguintes razões, em síntese (e-fls. 1397 e seguintes):

II- RAZÕES PARA O NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL**II-1. Ausência de divergência – os paradigmas não tratam das mesmas situações**

23. A Recorrida reputa relevante observar que, ao cotejar os paradigmas elencados pela PGFN com a discussão ocorrida nestes autos, não se verifica dissídio jurisprudencial apto a ensejar a análise do apelo fazendário por esse colegiado.

24. Explica-se. A principal discussão da peça fazendária se refere ao **momento de ocorrência do fato gerador das operações de créditos sem prazo ou valor definido (ou seja, ao critério temporal da regra matriz de incidência tributária do IOF).**

(...)

29. O acórdão recorrido decidiu que o fato gerador do IOF ocorre na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado, nos termos do art. 3º, §1º, Inciso I, do Decreto nº 6.306/2007 (referida norma será analisada mais adiante). Assim, nos termos de tal decisão, é esse momento que determina a contagem do prazo decadencial do IOF.

30. Nesse contexto, para que o Recurso Especial ora combatido fosse admissível, deveria a PGFN indicar acórdão paradigma versando especificamente sobre situação similar (i.e., contrato de conta corrente) no qual o CARF tenha entendido que o fato gerador do IOF, definido pelo artigo 3º, § 1º, do Decreto 6.306/2007, ocorre em momento diverso da “data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado”.

(...)

32. O Acórdão 3301-002.282 (...) analisou caso de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (AFAC).

33. A discussão desenvolvida nos autos daquele processo versa sobre a forma de apurar o momento de ocorrência do fato gerador do IOF em um AFAC que, em razão de elementos específicos do caso concreto, foi desqualificado como tal (e qualificado como operação de crédito sujeita ao IOF).

(...)

35. Diante da descaracterização do AFAC ao caso concreto, o colegiado entendeu que os valores aportados seriam créditos rotativos e, nesse caso, “*o fato gerador e a base de cálculo não são definidas pela data da disponibilidade dos recursos e sim pelo somatório dos saldos devedores diários, conforme apurado pela fiscalização*”.

36. Em que pese a impropriedade da referência ao termo “fato gerador”, o que se analisou efetivamente foi o cômputo da base de cálculo do IOF (critério quantitativo) e não o momento de ocorrência do fato gerador (critério temporal). Tanto é assim que o colegiado utilizou como fundamento de sua posição o artigo 7º, inciso I, alínea a, do Decreto 6.306/2007:

(...)

37. Como se verifica, é cristalino que o art. 7º do Decreto 6.306/2007 trata de base de cálculo (e não do momento de ocorrência do fato gerador, tema tratado pelo art. 3º do mesmo Decreto). Portanto, evidente a disparidade entre a situação analisada pelo acórdão paradigma e o caso concreto dos presentes autos.

(...)

39. Assim, tem-se que o Recurso Especial da PGFN não partilha do fundamento legal do acórdão paradigma;

(...)

42. Já o segundo acórdão paradigma (acórdão 3101-001-796, da 1ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, do CARF) sequer trata de decadência e fato gerador de IOF. (...)

43. Sem longos comentários, é evidente que o que se está discutindo no suposto acórdão paradigma indicado é a mensuração da base de cálculo (critério quantitativo) e não o momento de ocorrência do fato gerador do tributo (critério temporal). Tanto é assim que o acórdão paradigma utiliza como fundamentação o artigo 7º do Decreto 6.306/07 e expressões como “decadência” e “fato gerador” sequer constam na transcrição acima.

(...)

II.2. Ausência de indicação da legislação interpretada de forma divergente e de demonstração prequestionamento

(...)

Do exposto, por falta de similitude fática entre o acórdão recorrido e os acórdãos indicados como paradigma, vota-se pelo não conhecimento do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Mérito

A questão de mérito no acórdão recorrido cinge-se ao reconhecimento de ofício da decadência, por ser matéria de ordem pública, no que tange a apuração dos saldos devedores diários, base de cálculo do IOF, referente a operações ocorridas antes de dezembro de 2007. Assim, com o devido expurgo, das bases de cálculo do IOF lançado, os valores que haviam sido transacionados anteriormente ao prazo decadencial; ou seja, que deve permanecer no lançamento somente o crédito tributário do IOF cujas bases de cálculo provenham de fatos geradores ocorridos a partir de dezembro 2007.

A Fazenda Nacional sustenta em seu recurso que a decisão deve ser reforma com os seguintes fundamentos (e-fls. 1225 e seguintes):

No tocante à apuração da base de cálculo, nos termos da legislação outrora transcrita, deve-se demonstrar que, por se tratar, a hipótese dos autos, de operações de mútuo realizadas por meio da sistemática de conta corrente, em que o movimento financeiro se dá sem prazo definido, extinguindo-se pelo mecanismo de débitos e créditos, correto o lançamento que considerou o somatório dos saldos devedores diários, apurado no último dia de cada mês.

O acórdão recorrido apontou como fato gerador do IOF nas operações de crédito por meio de conta corrente, em que o movimento financeiro se dá sem prazo definido, extinguindo-se pelo mecanismo de débitos e créditos, que é exatamente o caso dos autos, o que prevê o art. 3º, § 1º, inciso I, do Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, in verbis:

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).

§ 1º Entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito:

I - na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado; (...)

A base de cálculo, por sua vez, e para a hipótese dos autos, encontra-se prevista no art. 7º, inciso I, alínea “a”, também do Decreto nº 6.306, de 2007. Confira-se:

Art. 7º A base de cálculo e respectiva alíquota reduzida do IOF são (Lei nº 8.894, de 1994, art. 1, 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: (...)

Ocorre que o art. 1º da Instrução Normativa RFB nº 907, de 09 de janeiro de 2009, estipula o seguinte:

Art. 1º O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF) incidente sobre operações de crédito será calculado em função do prazo pelo qual o recurso permanece à disposição do tomador. (Grifou-se)

Note-se que o art. 3º, § 1º, inciso I, do Decreto nº 6.306, de 2007, aponta como ocorrido o fato gerador na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor da obrigação ou a sua colocação à disposição do interessado.

Desse modo, o fato gerador somente ocorre com o saque (“efetiva entrega”) dos valores da conta-corrente ou com a colocação desses valores à disposição do interessado. Quanto ao saque (“efetiva entrega”), o referido dispositivo fala em “data” (“ocorrido o fato gerador na data da efetiva entrega”), mas não se refere a data quando menciona a colocação dos valores à disposição do interessado.

Em Contrarrazões o Contribuinte pede a manutenção da decisão ora recorrida, pois entende que:

59. O racional adotado pelo Recorrente não faz qualquer sentido. É evidente que o artigo 3º, § 1, inciso I, determina que o momento de ocorrência do fato gerador do IOF é **a data de efetiva entrega dos recursos ou data de sua colocação à disposição**. E é a partir desse momento que se inicia o prazo decadencial.

60. A aferição da base de cálculo não tem impacto nesse prazo: ainda que ela tenha por base “o somatório dos saldos devedores diários apurado no último dia de cada mês”, tal fato não impacta o marco inicial da contagem do prazo decadencial.

61. Tanto é assim que não existe qualquer precedente, administrativo ou judicial, ou artigo jurídico que sustente a argumentação apresentada pela Recorrente em seu Recurso Especial – sequer os paradigmas corroboram o entendimento fiscal.

62. Por todo o exposto, pela aplicação do art. 173 do CTN, forçoso reconhecer a decadência dos valores lançados nas Contas Contábeis 112062 e 1112087 relativamente aos períodos anteriores a 01/12/2007.

Verifica-se nos autos que assiste razão ao Contribuinte. Sem reparos à decisão recorrida. Cita-se trechos da deliberação, que por maioria, consignou o seguinte entendimento acerca da decadência:

2. Decadência

Embora não tenha apresentado qualquer questão relativa a decadência do auto de infração em seu recurso voluntário, a Recorrente apresenta tal ponto em petição de 1137 a 1142.

Uma vez que a decadência constitui matéria de ordem pública, conhecível a qualquer tempo do processo, é de se admitir a sua análise. Isto porque o artigo 63 da Lei n. 9.784/1999 aparta o problema da intempestividade (preclusão temporal) das demais hipóteses de preclusão, admitindo, no seu parágrafo segundo, a revisão de ofício de questões de ordem pública, que não precluem. Ademais, é preciso lembrar que o processo administrativo fiscal deve ser regido pelo princípio da eficiência e da informalidade moderada, o que também leva à conclusão pela necessidade de análise da decadência.

Entretanto, a PFN, instada a se manifestar sobre o ponto, alega que se trataria de discussão a respeito da base de cálculo, e não de decadência tributária, de modo que este Colegiado não poderia conhecê-la, uma vez que preclusa. Vejamos como a questão se apresenta.

2.1. Fato Gerador, base de cálculo e decadência tributária do IOF

A notificação da lavratura do auto de infração ocorreu em 28/02/2013 (fls 4), exigindo valores do Contribuinte no período compreendido entre 29/02/2008 a 31/12/2009. Nesse contexto, a Recorrente clama pelo reconhecimento da decadência dos valores referentes aos fatos geradores (operações financeiras) anteriores a fevereiro de 2008, cujo prazo decadencial teria expirado. Em suas palavras (fls 1154 e 1155):

(...)

Com razão a Recorrente sobre a tese a respeito da decadência do IOF, como já decidiu por unanimidade este Colegiado no Acórdão 3402003.018. Lembremos o que foi lá decidido.

O lançamento tributário foi calculado com base no artigo 7º, inciso I, alínea “a”, do Decreto n. 6.306/2007, *in verbis*:

Art. 7º A base de cálculo e respectiva alíquota reduzida do IOF são:

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:

Este mesmo Decreto, em seu artigo 3º, §1º, inciso I, estabelece que o fato gerador do IOF ocorre na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado. Veja-se:

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).

§ 1º Entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito:

I na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado;

Pela leitura conjunta dos dois dispositivos, conclui-se que na apuração dos saldos devedores diários, base de cálculo do IOF, a Fiscalização não pode computar valores que haviam sido transacionados (atos geradores) anteriormente ao prazo decadencial. Em outros termos, a dívida acumulada no passado não pode ser computada na base de cálculo do IOF.

Nesse sentido, o Relator Bernardo Leite de Queiroz Lima proferiu os seguintes dizeres em caso com questão análoga:

Para que exista saldo devedor no mês, é necessário que, antes disso, tenham sido disponibilizados recursos ao mutuário. O saldo devedor nada mais é do que o valor que o mutuário deve ao mutuante e que ainda não foi amortizado. Isto porque o IOF é apurado considerando o prazo em que o recurso fica à disposição do tomador do crédito, sendo este prazo um critério para definir o valor do tributo, mas não a ocorrência do fato gerador, que se dá no momento da disponibilização. (Processo 15504.010425/201011, Acórdão 3401002.877)

Traçadas tais premissas, e antes de adentrar na existência ou não de decadência de valores no presente caso concreto (tópico 2.2. abaixo), faz-se necessário tecer algumas observações com relação ao pedido da Procuradoria da Fazenda pelo não conhecimento da matéria, haja vista que se trataria de discussão sobre “base de cálculo” e não sobre “decadência”.

Como bem se sabe, a decadência consiste na perda do direito do fisco em constituir o **crédito tributário**, de modo que sua verificação culmina justamente na extinção do mesmo crédito (artigo 156, inciso V do Código Tributário Nacional "CNT"). Ou seja, uma vez que o contribuinte efetua determinado ato ou negócio jurídico (**fato gerador** artigo 114 do CTN), o qual se subsume à hipótese de incidência traçada pela legislação como apta a desencadear a relação jurídica tributária (direito do Fisco receber o objeto, em contrapartida ao dever do contribuinte adimplir tal obrigação), caso o contribuinte não efetive o devido recolhimento do tributo aos Cofres Públicos, poderá/deverá a Administração Tributária promover o lançamento tributário, para constituir o crédito e cobrar a importância devida a título de tributo. É o que preceitua o artigo 142 do CTN, *in verbis*:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a **verificar a ocorrência do fato gerador** da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Em outros termos, é justamente a diferença entre o fato gerador da obrigação tributária e crédito tributário constituído através do lançamento que permite falar em decadência do direito do Fisco lavrar auto de infração, realizando o lançamento tributário.

Tendo isto em vista, já adianto que verifica-se a decadência *in casu* pela análise conjunta do artigo 7º, inciso I, alínea "a", e do artigo 3º, §1º, inciso I, do Decreto n. 6.306/2007. *Este último dispositivo cuida justamente da determinação do fato gerador do IOF*, o qual ocorre na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado.

É, portanto, do preciso momento em que os valores transacionados como mútuo são disponibilizados que se reputa ocorrido o fato gerador do IOF, culminando na contagem do prazo decadencial nos termos do CTN.

Recorde-se que a base imponible (ou base de cálculo) é "uma perspectiva mensurável do aspecto material da hipótese de incidência que a lei qualifica com a finalidade de fixar critério para a determinação em cada obrigação tributária concreta, do *quantum debeatur*." Com isso Geraldo Ataliba evidencia que, o aspecto material da hipótese de incidência, que tem caráter abstrato e genérico, é sempre passível de mensuração. Disto já se conclui a íntima relação entre *base de cálculo* e *aspecto material da hipótese de incidência tributária*, o qual, não custa recordar, nada mais é do que a descrição normativa do *fato gerador* do tributo *in abstracto*.

Nesse sentido Paulo de Barros Carvalho apresenta três funções distintas para a chamada base de cálculo, quais sejam: *i)* medir as proporções reais do fato (função mensuradora), *ii)* compor a específica determinação da dívida (função objetiva) e *iii)* confirmar, infirmar ou afirmar o correto elemento material do antecedente normativo (função comparativa).

De tudo quanto exposto, confirma-se que a presente análise visa discutir se a tributação pretendida pela Autoridade no auto de infração em questão abarcou *atos geradores* decaídos pela forma com que apresentou a *base de cálculo* do IOF, sendo que a esta última cumpre justamente mensurar a dimensão dos primeiros, confirmandoos comparativamente. Assim se dá a relação indissociável entre os institutos. Efetivamente, se *atos geradores* do IOF (artigo 3º, §1º, inciso I, do Decreto n. 6.306/2007) forem indevidamente cobrados no cálculo da *base de cálculo*, cumpre reconhecer a *decadência* desses fatos geradores, dever de ofício deste Colegiado, uma vez que se trata de matéria de ordem pública, que faz valer o objetivo do instituto da decadência: "garantir a desejada estabilidade das relações jurídicas", de Luis Eduardo Schoueri.

2.2. Aferição da decadência *in casu*

Antes de adentrar propriamente na questão da decadência, é preciso destacar que o auto de infração que inaugurou o presente processo administrativo foi dividido em dois tópicos, quais sejam:

(i) 0001 IOF – falta de recolhimento do imposto sobre operações de crédito realizadas por meio de contas correntes **sem** definição do valor de principal e prazo (atos geradores de 29/02/2008 a 31/12/2008). Estes valores autuados, que abrangem as Contas Contábeis 126062 e 122087, foram indicados no tópico 2.2 do Termo de Encerramento Parcial da Ação Fiscal (fls 11);

(ii) 0002 IOF – falta de recolhimento do imposto sobre operações de crédito realizadas por meio de contas correntes **com** definição do valor de principal e prazo (atos geradores de 31/10/2008 a 28/10/2008), vide fls 5 e 6. Os valores autuados constam do tópico 2.1 do Termo de Encerramento Parcial da Ação Fiscal (fls 11).

A Recorrente somente clama a decadência parcial dos valores cobrados a título de IOF, referentes às operações **sem** definição de valores e prazos definidos, indicadas no item (i) acima, nos moldes descritos no tópico 2.1. Assim, tendo a notificação da lavratura do lançamento ocorrido em 28/02/2013, segundo a Recorrente estariam decaídos os valores referentes aos fatos geradores anteriores a fevereiro de 2008, pela aplicação do artigo 150, §4º do CTN.

Como é consabido, para fins de aferição do prazo decadencial a ser utilizado (artigo 150, §4º ou artigo 173 do CTN), deve-se avaliar se houve ou não antecipação de pagamento do tributo devido, segundo pacificado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo (REsp 973.733/SC).

In casu, a fiscalização comprova que a Recorrente efetuou o recolhimentos de IOF (código 1150) somente no que se refere aos meses de novembro e dezembro de 2008. É o que se constata pela leitura de fls 13 e 14 do Termo de Encerramento de Ação Fiscal e do DOC 7 do auto de infração, cuja tela de consulta de pagamentos segue abaixo colacionada:

(...)

A Recorrente, quando afirma ter efetuado pagamento, refere-se ao mesmo documento, de modo que não contesta o fato de serem esses os únicos meses em que foram recolhidos valores a título de IOF. Assim, para o período de apuração do IOF que pode haver decadência no presente caso (fevereiro de 2008 para trás, segundo a Recorrente), não há prova de pagamento, nem mesmo parcial, nos autos.

Dessa forma, não pode ser reconhecida na plenitude a decadência aventada pela Recorrente, pela simples aplicação da regra de contagem do prazo em questão.

Afinal, deve ser utilizado, isto sim, o prazo do artigo 173, inciso I do CTN, e não o do artigo 150, §4º. Por conseguinte, o dia 1º/01/2013 foi o prazo final para que os fatos geradores do IOF ocorridos até novembro de 2007 (e, por óbvio, todos os fatos geradores anteriores a isso) pudessem ser cobrados. Em outras palavras, somente fatos geradores ocorridos a partir de dezembro de 2007 poderiam ser cobrados pelo presente lançamento tributário, cuja notificação ao contribuinte aconteceu em 28/02/2013.

Ocorre que é possível verificar que operações de crédito anteriores a dezembro de 2007 foram inseridas na base de cálculo do IOF, tanto em relação à Conta Contábil n. 126062 como a de n. 122087. Quanto à primeira Conta, foi utilizado o saldo inicial acumulado R\$ 63.675.826,75 (conforme cópia do Razão de fls 140). Já na segunda, constatase a utilização do montante de R\$ 6.639.382,75 (conforme cópia do Razão de fls 343). Tais valores, claramente, foram transportados dos exercícios anteriores para o primeiro dia do ano de 2008.

Portanto, há crédito tributário extinto pela decadência no presente lançamento, crédito esse referente a todas as operações ocorridas antes de dezembro de 2007, razão pela qual devem ser expurgadas da base de cálculo do IOF devido pela Recorrente.

Do exposto, vota-se por negar provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Valcir Gassen

Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Redator designado.

Em que pesem a clareza e objetividade constantes do voto do ilustre conselheiro relator, peço licença para dele discordar quanto ao conhecimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional. Penso que a divergência jurisprudencial esteja comprovada, conforme passo a fundamentar.

Registre-se que, em processo semelhante, eu havia me manifestado pelo conhecimento do recurso apenas com relação a um dos paradigmas. Entretanto, posteriormente, com a evolução das discussões, me convenci de que ambos os paradigmas são adequados para estabelecer o dissídio jurisprudencial necessário ao conhecimento do recurso. Portanto, neste voto, analisarei ambos os paradigmas.

O ponto efetivamente posto em discussão foi a possibilidade de se considerar operações de adiantamento de valores ocorridas há mais de 5 (cinco) anos, na formação do saldo devedor caracterizador da base de cálculo do IOF em operações de mútuo entre pessoas jurídicas. Essa discussão implica o reconhecimento – ou não – de decadência, para lançamento do tributo, no caso de operações de mútuo.

O relator considerou essenciais os fatos de: (a) no primeiro paradigma, ter sido enfrentado originalmente um Adiantamento para Futuro Aumento de Capital - AFAC e não um simples conta-corrente e (b) no segundo, não ter sido discutida expressamente a decadência. Assim, não conheceu do recurso.

Respeitosamente, penso diferentemente. Entendo que as diferenças entre o recorrido e os paradigmas sejam apenas acidentais, não prejudicando o estabelecimento do dissídio e, conseqüentemente, implicando o conhecimento do recurso.

Nesta mesma reunião, o colegiado conheceu de recurso que discutia a classificação fiscal de tonner para impressora, com base em paradigma que discutiu a classificação da impressora, sob o argumento de que a decisão do paradigma (apesar de tratar de matéria diferente) enfrentava questão determinante para a decisão no recorrido, qual seja, dependendo da classificação da máquina, seria definida a classificação do tonner. Portanto, percebe-se, como razão de decidir, que os objetos discutidos não necessitam ser idênticos, mas que é necessário comprovar que a situação enfrentada no acórdão recorrido, caso seja submetida aos critérios jurídicos adotados pelo acórdão paradigma, resulte em decisão diversa daquela do acórdão recorrido.

Ora, tanto o AFAC quanto o conta-corrente demandam a disponibilização de valores, que geram saldo devedor ou credor, entre empresas. Portanto, essa diferença não pode ser considerada essencial. Adicionalmente, a discussão do momento da ocorrência do fato gerador implica necessariamente na definição da ocorrência – ou não – de decadência. Portanto, respeitosamente, afasto, aqui, as duas objeções levantadas ao conhecimento.

Em vista do exposto, penso que se deva conhecer do recurso.

Aproveito a oportunidade, para, a seguir, declarar meu entendimento sobre o mérito, no qual restei vencido.

Pois bem, para deslinde da questão, entendo que o ponto importante seja definir a data do FG do IOF, o que é determinante para que se declare ou afaste a decadência. No entendimento adotado pelo acórdão recorrido, o fato gerador do IOF, no caso de mútuo, ocorre na disponibilização do valor e, assim, não seria possível considerar, na apuração da base de cálculo do IOF (que é o saldo do mútuo, na data do lançamento), valores disponibilizados há mais de 5 (cinco) anos. Já, no entendimento esposado pelos acórdãos paradigma, o fato gerador do IOF ocorre ao final do mês, pela existência de saldo em aberto, considerando em sua

formação todos os valores disponibilizados, inclusive aqueles disponibilizados há mais de 5 (cinco) anos.

Para o enfrentamento do tema, penso ser importante considerar que a lei define o saldo ao final do período como sendo a base de cálculo do tributo (o que é pacífico, nos autos). Ora, a base de cálculo, conforme admitido de forma esmagadoramente majoritária, tanto em nossa doutrina como na jurisprudência, nada mais é do que o aspecto quantitativo do fato gerador. Portanto, se parte da base de cálculo fosse incompatível com o momento de ocorrência do fato gerador, seria ilógico eleger essa base de cálculo como aspecto quantitativo do fato.

Assim, sendo a base de cálculo o saldo do mútuo em aberto na data, todas as operações que compõem esse saldo devem ser consideradas. Caso contrário, chegaríamos a uma situação absurda de desconsiderar a existência de um saldo inicialmente, há cinco anos, a favor do sujeito passivo e que reduziria o saldo devedor na data do lançamento, para aumentar esse saldo devedor.

A decadência é limitada ao direito de lançar, e não de acompanhar os valores componentes da base de cálculo do valor a ser lançado.

Lembro que, por analogia, fatos ocorridos anteriormente a 5 (cinco) anos, podem influenciar a base de cálculo do ganho de capital tributado pelo Imposto sobre a Renda ou a compensação de prejuízos fiscais acumulados, por ser o aspecto quantitativo do ocorrido no momento do fato gerador.

Portanto, essas são as razões pela qual restei vencido quanto ao mérito do recurso.

Em vista do exposto, voto por conhecer do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos