



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10925.001856/97-21
Acórdão : 202-13.416
Recurso : 110.534

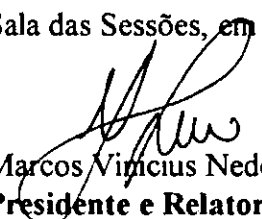
Sessão : 07 de novembro de 2001
Recorrente : BANCO DO BRASIL S/A
Recorrida : DRJ em Florianópolis - SC

IOF – SUJEIÇÃO PASSIVA - Quando a instituição financeira responsável pela retenção do imposto obedece aos pressupostos da norma que lhe atribui a responsabilidade tributária, a ulterior constatação do desvio dos recursos por investigação promovida pelo Banco Central não tem o condão de restabelecer sua obrigação pelo recolhimento do tributo. No momento da operação tributável, devem existir as condições materiais que permitam a retenção do imposto, do contrário, não há como exigir o cumprimento do dever. **Recurso a que se dá provimento.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **BANCO DO BRASIL S/A.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.** Fez sustentação oral o Advogado da Recorrente Edino Cezar Franzio de Souza.

Sala das Sessões, em 07 de novembro de 2001


Marcos Vinicius Neder de Lima
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Luiz Roberto Domingo, Adolfo Montelo, Adriene Maria de Miranda (Suplente), Eduardo da Rocha Schmidt, Ana Neyle Olímpio Holanda e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

cl/cf



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10925.001856/97-21

Acórdão : 202-13.416

Recurso : 110.534

Recorrente : BANCO DO BRASIL S/A

RELATÓRIO

Conforme Auto de Infração de fls. 01/06, exige-se do estabelecimento bancário acima identificado o Imposto sobre Operações Financeiras - IOF, devido pela falta de recolhimento do tributo incidente sobre operações de crédito rural desclassificadas, referentes ao período de 28/08 a 30/09/96.

O Termo de Verificação Fiscal de fls. 07/09 esclarece que, à época dos fatos, o IOF incidia sobre as operações de crédito efetuadas entre as instituições financeiras e seus clientes, nos termos do Regulamento do IOF aprovado pela Resolução BACEN nº 1.301/87. Na hipótese dos autos, em se tratando de operações desclassificadas, o Regulamento considera ocorrido o fato gerador "no ato da efetiva entrega total ou parcial do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado" (alínea "a" do item 4-4-2-2). O tributo passa, então, a ser exigível sobre as operações, no momento da liberação do crédito. Como responsáveis pela cobrança e pelo recolhimento do imposto nas operações de crédito, o Regulamento do IOF define as instituições financeiras (Seção 3, Título 4, Capítulo 4), devendo, portanto, a exigência da Fazenda Nacional no presente processo recair sobre o sujeito passivo: Banco do Brasil S.A.

Tendo em vista as alegações impugnatórias do autuado quanto à fundamentação legal do procedimento de ofício, foram os autos convertidos em diligência (fls. 189), resultando na lavratura do Termo Complementar ao Auto de Infração de fls. 193/197.

Reaberto prazo para apresentação de impugnação, manifesta-se o contribuinte às fls. 200/206. Alega, em síntese, que o novo enquadramento legal apontado não foi capaz de desconstituir a nulidade do auto de infração por desobediência aos ditames do artigo 10, inciso IV, do Decreto nº 70.235/72. Argúi a ilegalidade do Regulamento do IOF, eis que, como norma jurídica hierarquicamente inferior, não tem o alcance de elastecer o alcance da imposição tributária. Proclama "não estar definido em lei alguma, como fato gerador da obrigação tributária, a desclassificação de operações pelo BACEN." Insurge-se, ainda, contra sua condição de sujeito passivo, responsável pelo recolhimento e pagamento do IOF incidente sobre as referidas operações de crédito desclassificadas pelo BACEN. Aduz não lhe caber referida obrigação tributária em substituição ao contribuinte, tomador do crédito. Ressalta ter formalizado as operações rigorosamente de acordo com a legislação pertinente, inclusive no tocante às



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10925.001856/97-21
 Acórdão : 202-13.416
 Recurso : 110.534

obrigações tributárias. Deste modo, as irregularidades ora apontadas, decorrentes de fatos de exclusiva responsabilidade dos tomadores de crédito, foram supervenientes à concessão e liberação do crédito. Conclui que a imputação de tal responsabilidade ao impugnante fere frontalmente o artigo 150 da CF, considerando-se que - apesar de não ter recebido o valor principal - está sendo compelido a efetuar o pagamento do imposto em razão de falta cometida por terceiros.

Da análise dos elementos constitutivos dos autos, o Delegado da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis conclui pela procedência da ação fiscal, ementando assim sua decisão (fls. 209/216):

"IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGURO, E SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS A TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS (IOF).

Período: 28/8/96 a 30/9/96

OPERAÇÕES DE CRÉDITO AGRÍCOLA DESCLASSIFICADAS PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN). RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

Operação financeira provisoriamente enquadrada pela instituição bancária como de crédito agrícola, sujeita à confirmação de enquadramento pelo BACEN, para ratificação da isenção do IOF, que venha a ser posteriormente desclassificada de agrícola e, portanto, sujeita ao IOF, não exime o sujeito passivo (instituição financeira responsável tributária) do recolhimento do imposto, acrescido de juro e multa.

DESCLASSIFICAÇÃO. FATO GERADOR.

A desclassificação realizada pelo BACEN não constitui hipótese de incidência (fato gerador) do IOF, mas simples constatação de sua ocorrência ordinária, na entrega ou disponibilização dos recursos ao mutuário, cujo direito à isenção não foi reconhecido.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

Responsável pela cobrança do IOF e pelo seu recolhimento ao Tesouro Nacional é a instituição financeira que efetuar operações de crédito.

A responsabilidade tributária não pode ser transferida de um para outro sujeito passivo (do responsável para o contribuinte) sem previsão legal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES

Processo : 10925.001856/97-21
Acórdão : 202-13.416
Recurso : 110.534

O recolhimento do IOF, na condição de responsável tributário, não se subordina à adimplência contratual dos mutuários.

LANÇAMENTO PROCEDENTE".

Inconformado, recorre o interessado, em tempo hábil, ao Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 236/246), juntando comprovante do recolhimento do depósito de 30% do débito. Argui a preliminar de nulidade da decisão monocrática, por cerceamento do direito de defesa, argumentando que, para fundamentar a questão da responsabilidade tributária do impugnante, o Delegado invocou o artigo 3º, inciso I, do Decreto-Lei nº 1.783/80, dispositivo jamais mencionado no enquadramento legal constante do auto de infração, conforme se pode observar do Termo Complementar de fls. 193/197, que o alterou. Assim, ao condenar o Banco consubstanciando-se em norma da qual não lhe foi dada ciência, restou cerceado seu direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal insculpidos na Carta Magna, artigo 5º, incisos LIV e LV. Deve-se declarar nula a decisão de primeira instância, também em face do que preceitua o artigo 59 do Decreto nº 70.235/72. No mérito, reitera e ratifica todos os argumentos de defesa anteriormente apresentados.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10925.001856/97-21
Acórdão : 202-13.416
Recurso : 110.534

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA

Cabe examinar, preliminarmente, a ilegitimidade passiva suscitada pelo recorrente.

Para o deslinde dessa questão, deve-se examinar a possibilidade de desoneração da instituição financeira quando ela se veja impedida de exercer o direito de reter o IOF, em razão de a legislação prever a tributação à alíquota zero nas operações de concessão de crédito rural (destinado a investimento, custeio e comercialização).

Ricardo Lobo Torres¹ explicita a diferenciação entre contribuinte e responsável a partir dos seguintes pressupostos:

“As diferenças fundamentais entre o contribuinte e o responsável são as seguintes: a) o contribuinte tem o débito (debitum, Schuld), que é o dever de prestação e a responsabilidade (Haftung), isto é, a sujeição do seu patrimônio ao credor (obligatio), enquanto o responsável tem a responsabilidade (Haftung) sem ter o débito (Schuld), pois ele paga o tributo por conta do contribuinte; b) a posição do contribuinte surge com a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária; a do responsável com a realização do pressuposto previsto na lei que regula a responsabilidade, que os alemães chamam de fato gerador da responsabilidade (Haftungstatbestand).”

A responsabilidade do recorrente pela retenção e pagamento do imposto deriva, portanto, da realização dos pressupostos previstos na lei que a regula. Assim, obedecidos esses pressupostos e não comprovada sua culpa pela indevida classificação das operações de crédito rural, a ulterior constatação do desvio dos recursos por investigação promovida pelo Banco Central não tem o condão de restabelecer a obrigação da responsável pelo recolhimento do tributo. No dizer de Marco Aurélio Greco, “o conteúdo do poder-dever imposto ao substituto corresponde ao comportamento de, no momento da operação tributável, exigir o tributo do substituído, para recolhê-lo. Nesse instante, devem existir as condições materiais para que a

¹TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 217.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 10925.001856/97-21
Acórdão : 202-13.416
Recurso : 110.534

conduta correspondente a este poder-dever possa ser realizada; se faltar o objeto do exercício do poder, não há como exigir o cumprimento do dever”.²

Essa matéria, aliás, é bem conhecida deste Conselho, que tem entendido, reiteradamente, que a posterior exigência de IOF, não retido na fonte sob o fundamento de haver impedimento jurídico à retenção, deve ser endereçada ao contribuinte originário.

Recorro, portanto, a um desses julgados, em que tal entendimento foi defendido com o costumeiro brilho pelo ilustre Conselheiro Antonio Carlos Bueno Ribeiro nas razões de decidir do Acórdão nº 202-09.418, assim ementado:

“IOF – (...) II – SUJEIÇÃO PASSIVA - Quando o responsável legal pela cobrança e recolhimento do imposto se vê impedido de exercer essas atribuições no momento da ocorrência do fato gerador, por razões a que não deu causa, a exigência deve ser endereçada ao contribuinte originário.”

Vale ressaltar, ainda, que essa questão específica – responsabilidade pela retenção de IOF sobre operações de crédito rural - também foi posta à apreciação da douta Procuradoria da Fazenda Nacional, que, por meio do Parecer PGFN/CAT/nº 1.951/2000, assim se pronunciou, *verbis*:

“IOF. Descumprimento das condições impostas para concessão de alíquota zero. Responsabilidade. Processo nº : 10168. 0001443/98-82.1

Veio a ter nesta Procuradoria-Geral processo que cuida da responsabilidade da instituição financeira no caso de descumprimento ou falta de comprovação de condições para o gozo da alíquota zero nas operações onde há a incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF.

2. *O processo teve início em consulta formulada pelo Banco do Brasil em 26.9.97, sendo analisado, no âmbito da Secretaria da Receita Federal, por meio da Nota SRF/COSIT/COTIR/DIMEF nº 494, de 28 de julho de 2000. Mencionada Nota cita jurisprudência do Segundo Conselho de Contribuintes no sentido de que quando o responsável legal pela cobrança e recolhimento do imposto se vê impedido de exercer essa atribuição, no momento da ocorrência*

² Marco Aurélio Greco, citado por Ricardo Mariz de Oliveira in A Sujeição Passiva da Fonte Pagadora, quanto ao Imposto de Renda na Fonte, Revista Dialética nº 49, p. 99.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10925.001856/97-21
Acórdão : 202-13.416
Recurso : 110.534

do fato gerador, a exigência deve ser encaminhada ao contribuinte originário. A Nota faz referência à legislação que atribui a responsabilidade pela cobrança do recolhimento do imposto às instituições financeiras, nas operações de crédito, ou às instituições autorizadas a operar em câmbio, nas operações pertinentes acrescentando que no uso da competência prevista no art. 65 do CTN, foram reduzidas a zero as alíquotas incidentes sobre operações de crédito à exportação e operações de crédito rural, destinadas a custeio, investimento e comercialização, conforme itens 4-4-5-2-c e 4-4-5-2-d a 4-4-5-2-f da Resolução CMN nº 1.301, de 6 de abril de 1987(aprova o Regulamento do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e sobre Operações Relativas a Títulos e Valores Mobiliários). Posteriormente, o Decreto nº 2.219, de 2 de maio de 1997, que também regulamentou o imposto em pauta, manteve as alíquotas das aludidas operações de crédito no mesmo patamar (art. 8º, incisos III e IV), prevendo, também, a alíquota zero para as operações de câmbio indicadas no § 2º do art. 14. A Nota da SRF termina por concluir que:

7. *Conforme o disposto no próprio art. 128 do Código Tributário Nacional, a lei, e somente ela, pode atribuir, de modo expresso, a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa vinculada ao cumprimento da obrigação.*

8. *Ora, não houve atribuição legal expressa de responsabilidade pelo tributo devido nos casos de incidência originária de alíquota zero e posterior desclassificação ou descaracterização da operação de crédito às instituições financeiras, casos esses que são excepcionais no plano da incidência do tributo. A previsão de responsabilidade prevista em ambas as leis se refere àquelas hipóteses nas quais é devido, incondicionalmente, o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários. Não há como se pretender aplicar uma regra geral definidora de responsabilidade a uma situação especial não prevista expressamente pela lei.*

9. *Portanto, naquelas situações excepcionais, nas quais há a desclassificação ou descaracterização da operação, o citado imposto deve ser cobrado unicamente das pessoas definidas em lei como contribuintes do mesmo, por falta de atribuição expressa de responsabilidade às instituições financeiras. Nesse sentido, mostram-se acertadas as decisões do Segundo*



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10925.001856/97-21
Acórdão : 202-13.416
Recurso : 110.534

Conselho de Contribuintes as quais proclamam a ilegitimidade passiva dessas instituições.

10. *Esse é o entendimento acerca da matéria. Entretanto, ante a possibilidade de surgimento de posição contrária, defendendo a possibilidade da fonte pagadora em qualquer hipótese, sugere-se o encaminhamento da presente Nota à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para que ratifique, ou não, o posicionamento nela contido".*

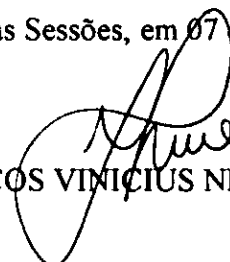
E mais adiante, em resposta a tal questionamento, a douta parecerista responde:

"7. *Como se pode verificar, à época das operações a instituição financeira ou aquela autorizada a operar em câmbio apenas executou o mandamento que regia esse tipo de ato jurídico, ou seja, a obrigação tributária foi cumprida nos termos do que determina a lei. A descaracterização só poderia se dar em um momento posterior à ocorrência do fato gerador, quando houve a efetiva comprovação de que as aludidas operações não estavam enquadradas dentre aquelas contempladas na legislação. A responsabilidade só poderia recair na instituição financeira ou naquela autorizada a operar com câmbio caso, à época da retenção e recolhimento, após a ocorrência do fato gerador, não fosse observado o definido nas normas pertinentes e não nos parece que foi isso que ocorreu no caso vertente.*

8. *Diante do exposto, entendemos que a manifestação da Secretaria da Receita Federal no que se refere à impossibilidade de responsabilizar as instituições financeiras ou aquelas autorizadas a operar com câmbio no caso de descaracterização das condições que ensejaram a aplicação da alíquota zero está correta."*

Isto posto, dou provimento ao recurso para declarar a nulidade do lançamento, por erro de eleição do sujeito passivo.

Sala das Sessões, em 07 de novembro de 2001


MARCOS VINÍCIUS NEDER DE LIMA