



Processo nº : 16327.002080/99-16

Recurso nº : 117.147

Acórdão nº : 201-76.042

Recorrente : BANCO FORD S/A.  
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

**IOF. OPERAÇÕES DE CRÉDITO. DATA DA ENTREGA OU  
DISPONIBILIDADE. FATO GERADOR.**

O fato gerador do IOF sobre operações de crédito ocorre na data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado.

**NORMAS GERAIS. RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO.**

O IOF - Operação de Crédito, cobrado e recolhido a maior, pela instituição financeira, resulta em crédito líquido e certo cujo titular é o contribuinte de fato, pessoa física ou jurídica, cabendo somente a este pedir a restituição do indébito, ou, autorizar que terceiro o faça

**Recurso negado.**

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

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora. Vencidos os Conselheiros Gilberto Cassuli, José Roberto Vieira e Antonio Mário de Abreu Pinto, quanto à data do fato gerador, considerando-a na assinatura do contrato. Fez sustentação oral o advogado da Recorrente, Dr. Paulo Kantor.

Sala das Sessões, em 16 de abril de 2002.

*Josefa Maria Coelho Marques*  
Josefa Maria Coelho Marques  
Presidente e Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Roberto Velloso (Suplente), Antônio Carlos Atulim (Suplente) e Rogério Gustavo Dreyer.

cl/



Processo nº : 16327.002080/99-16  
Recurso nº : 117.147  
Acórdão nº : 201-76.042

Recorrente : BANCO FORD S/A.

## RELATÓRIO

O presente processo trata de lançamento de Imposto sobre Operações Financeiras, Crédito, Câmbio e Seguro (IOF) em virtude de ação fiscal relativo a operações de crédito no período compreendido entre janeiro de 1997 e janeiro de 1998.

A fiscalização informa que a autuada promoveu operações de Crédito Direto ao Consumidor – CDC, nas quais foram detectadas as seguintes irregularidades, no tocante a cobrança e recolhimento do IOF incidente sobre operações de crédito:

- 1 em virtude de o contribuinte utilizar a data do contrato no cálculo do IOF, e não a data da efetiva liberação do crédito, os contratos celebrados no final de abril de 1997 até o dia 02 de maio de 1997 foram calculados com as antigas alíquotas do IOF (pessoas físicas), inferiores às alíquotas estabelecidas pelo Decreto nº 2.219/1997, que instituiu o novo Regulamento do IOF; todavia, o crédito desses contratos foi liberado a partir do dia 5 de maio daquele ano, portanto, o IOF deveria ter sido calculado com as novas alíquotas majoradas;
  - 1.1 nos contratos celebrados alguns dias antes da entrada em vigor do novo Regulamento do IOF, cuja liberação do crédito ocorreu a partir do dia 5 de maio de 1997, o valor do IOF foi calculado com as alíquotas vigentes até o dia 4 daquele mês, quando deveria ter sido calculado com as novas alíquotas, de acordo com o fato gerador definido no Regulamento do IOF, resultando cálculo a menor do IOF em 1.009 contratos;
  - 1.2 nos contratos acima referidos, o Banco calculou o IOF com a alíquota, referente a pessoa física, de 0,0164% ao dia (limitada a 6% ao ano), e a alíquota correta é 0,0411% ao dia (limitada a 15% ao ano);
  - 1.3 dessa forma, prossegue a fiscalização, no período de apuração de 5 a 9 de maio de 1997, com vencimento em 14/05/1997, o valor do IOF apurado pela fiscalização, naqueles contratos, foi de R\$ 1.230.555,79, e o valor informado pelo contribuinte foi de R\$ 592.219,25, havendo, portanto, uma diferença de IOF a recolher de R\$ 638.336,54;
- 2 por um erro na metodologia de cálculo do IOF, no primeiro semestre de 1997, o Banco apurou e cobrou valor a maior deste tributo, tendo realizado, indevidamente, a compensação desses recolhimentos com o IOF a recolher de períodos de apuração posteriores;
  - 2.1 até junho de 1997, o Banco Ford calculava sistematicamente o IOF acima do valor devido, tendo efetuado recolhimento a maior durante quase todo o primeiro semestre de 1997 (anexo III, às fls. 276/277); todavia, em algumas semanas do primeiro semestre e em quase todo o segundo semestre de 1997, o banco efetuou recolhimento a menor a título de compensação;

*John*



Processo nº : 16327.002080/99-16  
Recurso nº : 117.147  
Acórdão nº : 201-76.042

2.2 nos períodos de apuração em que o banco efetuou compensação, os valores de IOF calculados pela fiscalização totalizam R\$ 4.964.439,51, e os DARF apresentados totalizam R\$ 2.058.491,74, restando portanto uma diferença de IOF a ser recolhido no valor de R\$ 2.905.947,77;

2.3 a compensação efetuada pelo Banco Ford, conclui a fiscalização, fere a legislação nos seguinte aspectos:

2.3.1 o banco cobrou o IOF acima do valor devido, dos seus mutuários, que são os contribuintes de fato do referido imposto, no valor de R\$ 2.339.589,88, e não comprovou a devolução desta quantia aos mutuários que suportaram o ônus desta cobrança indevida;

2.3.2 a importância acima cobrada indevidamente dos mutuários não foi integralmente recolhida, visto que os excessos de recolhimento por período de apuração totalizaram R\$ 1.940.203,20;

2.3.3 o banco não apresentou autorização dos contribuintes para solicitar a restituição do IOF pago em valor maior do que o devido;

2.3.4 intimado a esclarecer a falta de recolhimento do IOF, o Banco Ford apresentou vários relatórios, fls. 158 a 218, contudo, segundo a fiscalização, os dados apresentados pelo Banco não conferem com os cálculos efetuados pela fiscalização;

3 ficou apurado que foram 22.019 contratos com o IOF calculado a maior, no valor de R\$ 2.339.589,88, enquanto que o Banco apresentou uma relação com apenas 2.447 contratos, no valor original de R\$ 611.355,31 e valor atualizado de R\$ 630.149,26;

3.1 além disso, Banco apresentou uma listagem com diferenças de IOF, onde o valor do imposto após novo cálculo está abaixo do valor devido, por exemplo, no contrato nº 172890-3 o valor do IOF recalculado é R\$ 987,28, conforme documentos às fl. 167, e o valor devido é R\$ 1.020,09, conforme Anexo II, página 33 do anexo (fl. 247);

Tempestivamente apresentou impugnação na qual procura demonstrar a improcedência da autuação, alegando, em resumo, o seguinte:

- 1 que, durante o ano de 1997, a impugnante calculou e recolheu o IOF sobre suas operações de crédito considerando como data da ocorrência do fato gerador a data da celebração ou assinatura do contrato com a cliente e, acrescenta, que a assinatura do contrato e seu processamento muitas vezes não ocorriam no mesmo dia, resultando que, do ponto de vista formal, o crédito era concedido em data posterior àquele em que concedido para fins comerciais. O prazo do empréstimo, para fins contratuais, começava a correr na data da assinatura;
- 2 se, como afirma a fiscalização, o fato gerador do IOF nos contratos celebrados pela impugnante ocorre na data do processamento, e não na da assinatura dos

*sdm*



Processo nº : 16327.002080/99-16  
Recurso nº : 117.147  
Acórdão nº : 201-76.042

contratos, então o IOF sobre várias destas operações foi recolhido a maior, pois o cálculo levou em conta os dias decorridos entre a assinatura do contrato e seu processamento;

- 3 que em 05/05/97 entrou em vigor o Decreto nº 2.219/1997, que alterou a alíquota do IOF nas operações de crédito com pessoas físicas de 0,5% ao mês, limitado a 6% (cf. Decreto nº 1893/96), para 0,0411% ao dia, limitado a 15%;
- 4 que, no cálculo do imposto, a impugnante levou em consideração a legislação em vigor na data da assinatura e não do processamento do contrato. Assim sendo, a alíquota aplicada a estas operações com pessoas físicas teria sido inferior à determinada pelo Decreto nº 2.219/97 para fatos geradores ocorridos a partir de 05/05/97;
- 5 a impugnante defende que os contratos eram celebrados simultaneamente à aquisição do veículo por parte do cliente e sua assinatura permitia que o contrato de compra e venda se aperfeiçoasse, já que a revendedora Ford envolvida reconhecia para fins comerciais o crédito decorrente da assinatura do contrato. Por esta razão, já na data da assinatura do contrato o crédito estava disponível para o cliente, sendo esta a data da ocorrência do fato gerador do IOF. Assim sendo, prossegue, a Impugnante calculou corretamente os valores do IOF em relação a estes contratos, não procedendo a acusação da fiscalização de que tenha havido recolhimento a menor;
- 6 do ponto de vista lógico, argumenta, o critério correto para a apuração de eventual insuficiência de recolhimento nos parece ser o da diferença entre o valor devido e o valor recolhido. Não foi isso, contudo, o que fez a fiscalização em relação a este item do auto de infração. O que fez foi comparar o valor que entende devido com o valor pretendamente declarado pela Impugnante para as referidas operações;
- 7 acrescenta que, a acusação é de falta de recolhimento do imposto, portanto, o que cabe aferir é se algum imposto deixou de ser recolhido, e não se deixou de ser declarado;
- 8 em relação à acusação de compensação indevida, alega que a fiscalização equivoca-se totalmente quanto aos valores compensados, bem como à origem dos créditos compensados;
- 9 equivoca-se também na apuração dos valores que entende devidos, para os quais não há demonstração satisfatória, assim como nos valores que julga terem sido declarados pela Impugnante;
- 10 esclarece a Impugnante, o IOF não é tributo que, por sua natureza, comporte transferência do respectivo encargo financeiro, como já decidido pelo STJ e pelo STF, não sendo aplicável o § 1º do Decreto nº 2.219/1997, no qual se baseia a autuação e que sequer tem fundamento em lei;
- 11 prossegue argumentando que, trata-se no presente caso de compensação de tributo recolhido a maior, e não de restituição, sendo inaplicável a regra do § 1º do Decreto nº 2.219/97;



Processo nº : 16327.002080/99-16  
Recurso nº : 117.147  
Acórdão nº : 201-76.042

12 não houve, no caso concreto, transferência do encargo financeiro do imposto relativamente aos valores compensados.

A autoridade de primeira instância manteve o lançamento na Decisão nº 5.018, de 27 de dezembro de 2000 (fls. 413/429), assim ementada:

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

*Período de apuração: 24/01/1997 a 02/01/1998*

*Ementa: IOF SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO*

*Incide o IOF sobre a entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua a obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado (art. 63, I CTN).*

*Somente o contribuinte de fato é legitimado a utilizar do instituto da compensação do indébito, ou, autorizar expressamente que terceiro o faça.*

*LANÇAMENTO PROCEDENTE"*

O Aviso de Recebimento (AR) relativo à decisão de primeira instância consta na folha 452, constando a data de 17 de janeiro de 2001 no carimbo da unidade de destino, não estando datado junto à assinatura do destinatário.

O Recurso Voluntário encontra-se às fls. 433/470, constando a data de 15 de fevereiro de 2001, no carimbo de recepção da unidade da Receita Federal.

No Recurso Voluntário a recorrente reitera os argumentos apresentados na impugnação, solicitando, em resumo, o que segue:

1. pleiteia a nulidade da decisão por omissão na análise das provas, o que redunda em cerceamento do direito de defesa;
2. considera que o momento da ocorrência do fato gerador efetivamente ocorreu na data da assinatura dos contratos de financiamento, não sendo aplicáveis as alíquotas majoradas do Decreto nº 2.219/1997, não havendo recolhimento a menor de IOF;
3. quanto ao procedimento de apuração adotado o cálculo do IOF está equivocado por não coincidir com a documentação apresentada, foi efetuado por contrato e não por período, o que aumentou indevidamente as diferenças apuradas, e, que não há consistência na metodologia utilizada, já que nos demais cálculos a apuração foi feita por período;
4. quanto à regularidade das compensações, que a origem dos créditos é diversa da presumida pelo auto e pela decisão monocrática, que o IOF não é imposto que repercuta juridicamente, sendo inaplicáveis à sua compensação o art. 166 do CTN e o § 1º do art. 50 do Decreto nº 2.219/1997, que as regras que vedam a restituição não vedam a compensação, e, que não houve assunção do ônus do IOF pelos clientes da recorrente.

*JAN*



Processo nº : 16327.002080/99-16

Recurso nº : 117.147

Acórdão nº : 201-76.042

O recurso não foi acompanhado do depósito recursal, mas consta a concessão de liminar em mandado de segurança (fls. 472/477) para determinar o seguimento do recurso com fiança efetivada pela controladora da recorrente.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Sônia".



Processo nº : 16327.002080/99-16  
Recurso nº : 117.147  
Acórdão nº : 201-76.042

**VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA  
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES**

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Inicialmente apreciarei o pedido de declaração de nulidade da decisão de primeira instância.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do Acórdão RESP nº 227856/RS, de 23 de fevereiro de 2000, aduz que o juiz não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame de acordo unicamente com os fundamentos jurídicos pleiteados pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (art. 131 do CPC). Segundo o Ministro-Relator, *"inexiste norma legal que impeça o juiz, ao proferir sua decisão, que a mesma tenha como fundamentação outro julgado, e até mesmo que o juízo ad quem não se baseie, no todo ou em parte, em decisões de primeiro ou segundo graus prolatadas no mesmo feito que se analisa."*

Verificando-se o processo, constata-se que a decisão foi prolatada por servidor competente (o Delegado de Julgamento) e que a mesma apreciou o presente processo. O fato de não acompanhar a tese da recorrente não caracteriza a falta de apreciação dos elementos do processo. Também não acarreta cerceamento do direito de defesa que está sendo exercido em sua plenitude.

Assim, rejeito a preliminar.

A autoridade de primeira instância analisou detalhadamente o lançamento e a impugnação, fundamentando a sua decisão, conforme segue:

*"Trata o presente de lançamento de ofício referente ao IOF incidente sobre operações de crédito, tendo em vista a falta de retenção e recolhimento do tributo.*

*A fiscalização apurou, basicamente, duas irregularidades no procedimento utilizado, pelo autuado, no cálculo do IOF incidente sobre operação de crédito e em seu recolhimento, quais sejam, aplicação de alíquota não mais vigente sobre determinadas operações de crédito, com pessoas físicas, realizadas no final de abril e começo de maio de 1997, e, compensação indevida de IOF recolhido a maior.*

*A fiscalização constatou, ainda, que no primeiro semestre de 1997 (com algumas exceções relativamente ao final de abril e início de maio/1997) o Banco Ford calculou e recolheu o IOF acima do valor devido, contudo, esclarece, a instituição financeira não comprovou a devolução dessa retenção indevida aos mutuários que suportaram o ônus dessa cobrança, que, no caso, são os contribuintes de fato do referido imposto.*

*A autuada contra-ataca referida imposição tributária argumentando que a fiscalização, no tocante a falta de recolhimento de imposto, para efeitos de apuração do mesmo, segregou, indevidamente, operações de mesma natureza ocorridas no mesmo período de apuração, e, relativamente a alegada compensação indevida, defende-se argumentando que o IOF não é tributo que comporte transferência do respectivo encargo financeiro, pela sua própria natureza, não sendo aplicável o parágrafo 1º, "a", do art. 50 do Decreto nº 2.219/1997.*

*O litígio, assim, instaurou-se, fundamentalmente, em relação às seguintes questões:*



Processo nº : 16327.002080/99-16  
Recurso nº : 117.147  
Acórdão nº : 201-76.042

1) qual o elemento temporal do fato gerador do IOF, incidente sobre operação de crédito, estabelecido pela lei. Aclarando este aspecto, poder-se-á verificar, efetivamente, se houve ou não irregularidade quanto ao cálculo do IOF devido, efetuado pelo Banco, pois, pelo que consta dos autos, as divergências residem, no tocante à falta de recolhimento, exatamente, no estabelecimento do momento em que ocorre o fato gerador do tributo em causa, ou seja, se é a data da assinatura do contrato de crédito, como defende o impugnante, ou o momento em que é disponibilizado os valores, objeto do crédito, ao mutuário, como fundamenta a fiscalização;

2) se é permitido à instituição financeira, responsável pela retenção e recolhimento do IOF, fazer compensação dos valores pagos indevidamente, com outros débitos de tributos, por iniciativa própria e sem qualquer manifestação e/ou autorização daqueles que suportaram o ônus da cobrança indevida.

Para o deslinde do presente, necessário se faz rever o que determina a legislação no tocante ao elemento temporal constitutivo do fato gerador do IOF, quanto ao contribuinte de fato do referido imposto e quanto a permissibilidade do responsável pela cobrança e recolhimento do IOF, fazer compensação de valores cobrados e recolhidos indevidamente.

Abaixo segue transcrito parte da legislação a fim de esclarecer o impasse quanto ao fato gerador do IOF e consequente falta de recolhimento do mesmo.

#### **FATO GERADOR**

A ocorrência do fato gerador nas Operações de Crédito acha-se explicitada no artigo 3º e § 1º, alínea "a", do Decreto 2.219/1997, abaixo transcrito.

*Art. 3º e § 1º, "a", do Decreto 2.219/1997:*

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

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

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

#### **CONTRIBUINTES E RESPONSÁVEIS.**

A caracterização do sujeito passivo da obrigação tributária, no âmbito do IOF, particularmente em operações de crédito, acha-se objetivamente definido nos arts 4º e 5º do Decreto nº 2.219/1997.

*Decreto nº 2.219, de 02 de maio de 1997:*

*'Art. 4º Contribuintes do IOF são as pessoas físicas ou jurídicas, tomadoras de crédito (Decreto-lei nº 1.783/80, art. 2º, e Lei nº 8.894/94, art. 3º, inciso I).*

*Art. 5º São responsáveis pela cobrança do IOF e pelo seu recolhimento ao Tesouro Nacional as instituições financeiras que efetuarem operações de crédito (Decreto-lei nº 1.783/80, art. 3º, inciso I).*'

#### **BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA**

*Definidas no Art. 7º, I "b" do Decreto 2.219/1997.* 



Processo nº : 16327.002080/99-16  
Recurso nº : 117.147  
Acórdão nº : 201-76.042

'Art. 7º A base de cálculo e respectiva alíquota reduzida do IOF é (Lei 8.894/94, art. 1º, parágrafo único, e Lei nº 5.172/66, art. 64, inciso I):

*I - na operação de empréstimo, sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito:*

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

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

*2. mutuário pessoa física: ..... 0,0411% ao dia;*

*Como pode ser constatado do exame dos dispositivos legais acima transcritos, os elementos essenciais para existência do tributo em questão encontram-se definidos na legislação, dessa feita, constata-se que, o acontecimento descrito na legislação tributária como necessário à existência do tributo, no tocante às operações em causa, é a entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado, sendo que o elemento temporal que constitui o fato gerador, determinando o instante em que surge a obrigação, é aquele em que é disponibilizado, ao mutuário, o valor contratado, saindo este do domínio do mutuante.*

*Quando a legislação utiliza a expressão 'colocar à disposição do interessado', deixa claro que os recursos pactuados sejam colocados ao alcance do interessado, por exemplo, depositados na conta corrente do mutuário, podendo este utilizá-los quando lhe for conveniente.*

*É óbvio que quando da assinatura do contrato de crédito, firma-se, naquele momento, a vontade das partes na aquisição e concessão do crédito, contudo, a concessão do crédito somente se aperfeiçoa quando da liberação do valor correspondente e, é esta disponibilização que caracteriza o elemento temporal do fato gerador, e não a assinatura de um contrato, como entendeu o impugnante.*

*Dessa forma, conclui-se que a ocorrência do fato gerador, incidente sobre operação de crédito, se dá 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, alínea "a", do Decreto 2.219/1997.*

*Em assim sendo, o crédito tributário foi corretamente constituído pela fiscalização, relativamente a falta de recolhimento no período de apuração de 05 a 09 de maio de 1997, considerando que a alíquota do IOF aplicável aos fatos geradores ocorridos a partir de 05/05/1997, para pessoa física (independentemente de a assinatura do contrato do crédito ter ocorrido em data anterior à entrega do valor correspondente) é de 0,0411% ao dia (limitada a 15% ao ano), nos termos do Decreto 2.219/1997.*

*No tocante à compensação de valores recolhidos a maior, pelo responsável tributário, e por seu livre-arbítrio, sem qualquer autorização por parte do contribuinte de fato, cabe, primeiramente, fazer algumas considerações sobre o instituto 'compensação', a começar pela análise da legislação regulamentadora.*

*Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN)*

*'Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.*

*AM*



Processo nº : 16327.002080/99-16  
Recurso nº : 117.147  
Acórdão nº : 201-76.042

...

*Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencido e vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.*

*IN SRF nº 21, de 10/03/1997.*

*Art. 18. Nenhum contribuinte poderá solicitar restituição, compensação ou resarcimento de créditos decorrentes de tributos, cujo encargo financeiro tenha sido suportado por outro (IOF e IPI).*

...

*Decreto nº 2.219, de 02 de maio de 1997.*

*Art.50. O IOF pago indevidamente ou em valor maior que o devido será restituído ao contribuinte ou responsável ou poderá ser utilizado para compensação com outros débitos de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal (Lei 8.383/91, art. 66, Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, art. 39, e Lei nº 9.430/96, arts. 73 e 74).*

*§ 1º A restituição a que se refere este artigo será efetuada:*

*a) à instituição responsável pela cobrança e recolhimento do IOF, quando:*

*1. o valor recolhido for maior que o devido, cobrado do contribuinte;*

*2. houver expressa autorização do contribuinte;*

*b) ao contribuinte nos demais casos.*

...

*O que se depura da legislação vigente é que a restituição implica uma obrigação de dar, já a compensação em extinção mútua de obrigações. A restituição depende de decisão administrativa ou judicial, a compensação depende de ato unilateral do contribuinte. São, portanto, institutos jurídicos diversos, entretanto, guardam entre si uma semelhança, qual seja, a restituição e compensação têm uma finalidade comum, a de evitar o enriquecimento sem causa.*

*Nesse sentido, há de se observar que o IOF constitui obrigação de terceiro, cabendo à instituição financeira fazer a cobrança, do contribuinte de fato, e efetuar o recolhimento, contudo, numa situação em que o tributo foi indevidamente exigido, e recolhido, pela instituição financeira, resultando um crédito líquido e certo cujo titular é aquele que desembolsou os valores indevidamente, parece cristalino que, somente este contribuinte de fato é quem tem o direito à restituição, bem como à compensação, pois esta só é possível, indiscutivelmente, se houver um valor a ser devolvido pela administração pública àquele quem pagou indevidamente.*

*Assim, o art. 166 do Código Tributário Nacional, bem como o art. 50, § 1º, "a" do D. 2.219/1997, embora façam referência, especificamente, a 'restituição de tributos', são também aplicáveis ao instituto da compensação ao impor que haja autorização expressa, do contribuinte de fato, para que o responsável pela cobrança e recolhimento do IOF reclame e obtenha a restituição e/ou compensação do referido tributo.*

801



Processo nº : 16327.002080/99-16  
Recurso nº : 117.147  
Acórdão nº : 201-76.042

*A restrição contida nos dispositivos acima referidos não é propriamente ao dever de restituir, mas ao dever de restituir (devolver) ao sujeito passivo da suposta obrigação tributária, porquanto terceiro, o denominado contribuinte de fato, e será ele, então, o que possui legitimação ativa à restituição, ou compensação.*

*No caso do IOF-operação de crédito, em regra, quem assume o encargo é o contribuinte, pessoa física ou jurídica, que paga à instituição financeira para que esta efetue o recolhimento ao erário.*

*O legitimado ativo à causa de restituição de incidências tributárias do IOF será o contribuinte de fato. Se é o contribuinte de fato quem tem o direito a restituir, somente ele poderá promover a compensação do indébito tributário, e nunca o responsável pela retenção e recolhimento, a não ser, é claro, que o contribuinte de fato autorize, expressamente, à instituição financeira efetuar a restituição e/ou compensação, ou, que esta comprove ter devolvido ao contribuinte os valores retidos a maior.*

*Neste aspecto jurídico, restituição de indébito e compensação de indébito exigem o mesmo rigor quando da verificação do legitimado ativo, pois, a Fazenda Nacional apenas reterá o produto do indébito se e enquanto o efetivo legitimado ad causam não manifestar sua intenção de restituir ou compensar o valor pago indevidamente.*

*Se a Fazenda, mediante compensação, devolvesse valor pago indevidamente ao erário, por uma determinada pessoa, a outra que não arcou com referido encargo, estaria promovendo, sem competência para tanto, o enriquecimento sem causa de um mediante empobrecimento de outro, estabelecendo o caos social. Neste caso, preferível que o locupletamento favoreça o Estado e não o contribuinte de jure, no pressuposto de que o Estado representa a comunidade social.*

*Conclui-se que somente o contribuinte de fato estaria legitimado a pleitear a restituição, ou utilizar do instituto da compensação do indébito, ou, ainda, autorizar alguém que o faça (restitua ou compense).*

*De todo o exposto, extrai-se:*

- 1) *o fato gerador do IOF, nas operações de crédito, se dá 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, alínea "a", do Decreto 2.219/1997;*
- 2) *que o IOF-operação de crédito, cobrado e recolhido a maior, pela instituição financeira, por erro na metodologia de cálculo, resulta em crédito líquido e certo cujo titular é o contribuinte de fato, pessoa física ou jurídica, cabendo somente a este efetivar a restituição ou compensação do indébito, ou, autorizar que um terceiro o faça;*
- 3) *não há amparo legal para que a instituição financeira compense, por seu livre-arbitrio, crédito de um contribuinte, em razão de pagamento a maior de tributo, com débito fiscal de outro contribuinte, cuja responsabilidade de recolhimento aos cofres públicos lhe cabe;*
- 4) *devolução de pagamento a maior, a determinado contribuinte de fato, é cabível a este, e somente a este, pela Fazenda Nacional, tendo como objetivo afastar o enriquecimento sem causa do ente tributante, bem como de qualquer outra pessoa, física ou jurídica;*
- 5) *o cálculo do IOF pela falta de recolhimento deve ser realizado individualmente, por contribuinte (entenda-se, fato gerador), assim, considerando que o recolhimento do IOF é feito por período, abarcando vários fatos geradores, impossibilitando a identificação*



Processo nº : 16327.002080/99-16  
Recurso nº : 117.147  
Acórdão nº : 201-76.042

*do valor recolhido, por fato gerador ocorrido, foi o Banco intimado a apresentar os cálculos efetuados por ele, os quais levaram ao recolhimento do período;*

*A partir dessa declaração, que apresentou o cálculo efetuado pelo Banco, contrato por contrato, é que foi possível apurar o IOF individualmente, por contribuinte de fato, tendo como parâmetro o recolhimento relativo a cada contribuinte;*

*6) o lançamento por falta de recolhimento do imposto foi corretamente efetuado tendo como base o IOF devido e o recolhimento efetuado, por fato gerador, e não por período;*

*7) somente o contribuinte de fato tem legitimidade para pleitear a restituição ou utilizar do instituto da compensação do indébito, ou, ainda, autorizar alguém que o faça mediante manifestação expressa;*

*8) que a instituição financeira não apresentou autorização dos contribuintes de fato para que pudesse usufruir da compensação de seus créditos, assim como não comprovou a devolução dos valores retidos indevidamente, considerando que os documentos anexados como fls. 400 a 406, não fazem prova do alegado, pois referem-se a contratos não incluídos na apuração do crédito tributário. Ressalte-se que, outros contratos citados na impugnação como cancelados ou repactuados (item 5 da impugnação) também não estão incluídos no rol dos que foram objeto de crédito tributário;*

*9) Por fim, o Banco não comprovou que a compensação efetuada no período decorre de alguma outra operação, lícita e regular, que não aquela apontada pela fiscalização, e fartamente documentada. "*

Com razão a decisão recorrida, tanto quanto à data de ocorrência do fato gerador do IOF sobre operações de crédito que é a data da efetiva entrega, total ou parcial, do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado, quanto em relação à compensação, uma vez que o IOF cobrado e recolhido a maior pela instituição financeira, resulta em crédito líquido e certo, cujo titular é o contribuinte de fato, pessoa física ou jurídica, cabendo somente a este pedir a restituição do indébito, ou, autorizar que terceiro o faça.

Assim, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mantida a exigência consubstanciada no auto de infração.

Sala das Sessões, 16 de abril de 2002.

*Josefa Maria de Marques*  
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES