



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 13 / 12 / 2002
Rubrica

2º CC-MF
Fl.

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
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;



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



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 pretensamente 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 redundaria 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 repercute 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.



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.



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 quando do 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 conseqüente 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.



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 ressarcimento 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.



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 repetição, 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-arbítrio, 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 legitimação 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 Coelho Marques.
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES