

Incongruências entre o Fato Gerador e a Base de Cálculo do IOF em Operações de Crédito Rotativo

Mismatches between the Taxable Event and the Taxable Basis of the IOF in revolving Credit Operations

Victor Borges Polizelli

Doutor e Mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da USP. Graduado em Ciências Contábeis pela FEA-USP. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Tributário Internacional do IBDT. Professor do Mestrado Profissional do IBDT. Advogado em São Paulo.
E-mail: vpolizelli@klalaw.com.br.

Recebido em: 27-3-2022

Aprovado em: 31-3-2022

Resumo

A legislação atual apresenta um descasamento entre a base de cálculo e os aspectos material e temporal do IOF em operações de crédito rotativo. Não há previsão em lei para a apuração do IOF-crédito por meio do somatório de saldos devedores diários (base de cálculo) e pairam dúvidas sobre a pertinência desta forma de apuração diante de um fato gerador que foi definido com vistas a um ato específico e identificável no tempo, consistente na entrega dos recursos do crédito. O presente artigo enfrenta estas questões, investigando o arcabouço histórico e a evolução do IOF para perquirir as origens e a formação da legislação atual de cobrança deste imposto em operações de crédito rotativo. Apresentam-se as principais modalidades de operações de “crédito rotativo” e os detalhes da discussão com enfoque nos fenômenos da “colocação de recursos à disposição do interessado” e da apuração baseada no somatório de “saldos devedores diários”. Há desdobramentos de ordem prática, pois a presente discussão afeta também o tema da decadência e problemas na aplicação de novas alíquotas.

Palavras-chave: IOF, legalidade, fato gerador, base de cálculo, decadência, alíquotas.

Abstract

The current legislation presents a mismatch between the calculation basis and the material and temporal aspects of the IOF in revolving credit operations. There is no provision in law for the calculation of the IOF-credit through the sum of daily debit balances (calculation base) and there are doubts about the pertinence of this form of calculation in the face of a triggering event that was defined with a view to a specific act identifiable in time,

consistent with the delivery of the credit resources. This article addresses these issues, investigating the historical framework and evolution of the IOF to look for the origins and the formation of the current legislation regarding the collection of this tax in operations of revolving credit. The main modalities of “revolving credit” operations are presented, as well as the details of the discussion focusing on the phenomena of “placement of resources at the disposal of the interested party” and the calculation based on the “sum of daily outstanding balances”. There are practical ramifications, as the present discussion also affects the issue of statutes of limitation and problems in the application of new rates.

Keywords: IOF, rule of law, taxable event, taxable basis, statute of limitation, rates.

1. Introdução

Há um nítido desalinhamento entre a base de cálculo e os aspectos material e temporal do IOF em operações de crédito rotativo. Não há previsão em lei para a apuração do IOF-crédito por meio do somatório de saldos devedores diários (base de cálculo) e pairam dúvidas sobre a pertinência desta forma de apuração diante de um fato gerador que foi definido pelo Código Tributário Nacional (CTN) com vistas a um ato específico e identificável no tempo, consistente na entrega dos recursos do crédito.

Com efeito, a apuração do IOF por meio do somatório de saldos devedores diários carece de amparo legal específico, sobretudo quando se constata que o fato gerador foi definido com referência a um instante temporal específico e não com relação a um intervalo temporal.

Tanto a entrega do montante do crédito quanto a colocação de tais valores à disposição do interessado são atos verificáveis num instante temporal específico que dá início à relação de crédito. Embora o fator tempo seja relevante para se estabelecer a duração de uma relação de crédito, o lapso temporal eleito pelo Código Tributário Nacional para figurar como fato gerador do IOF-crédito não é o tempo de duração do crédito, mas sim o instante inicial da sua concessão.

Não se deve ignorar a relevância que o tempo de duração de uma relação de crédito possa representar para a determinação do montante da obrigação tributária do IOF-crédito. Pode-se perfeitamente admitir que uma relação de crédito de maior tempo tenha incidência majorada de IOF-crédito em comparação com uma relação de menor tempo. Todavia, este elemento não foi previsto expressamente no CTN e tampouco na legislação de regência como integrante do fato gerador do IOF-crédito, de modo que não se pode admitir sua inserção na legislação por vias indiretas, mediante atos infralegais.

São questionáveis as previsões legais genéricas de uma base de cálculo consistente no “valor global dos saldos das operações” de crédito “apurados mensalmente” ou ainda identificada com uma cobrança de alíquota diária sobre o “valor

da operação”. A cobrança baseada em saldos devedores diários contrasta frontalmente com o fato gerador descrito pelo CTN e pelas leis pertinentes. Em poucas palavras, uma base de cálculo de apuração periódica não serve para apuração de um imposto com fato gerador instantâneo.

O presente artigo enfrenta estas questões, investigando o arcabouço histórico e a evolução do IOF para perquirir as origens e a formação da legislação atual de cobrança deste imposto em operações de crédito rotativo. A principal pergunta que move esta análise consiste em saber como o elemento tempo pode ser levado em conta na apuração do IOF-crédito¹. A resposta a esta questão central suscita variados temas paralelos, notadamente o tratamento da decadência e a aplicação temporal de novas alíquotas.

Inicialmente, este artigo descreve no tópico 2 as principais modalidades de operações de “crédito rotativo” e apresenta o problema em debate, destacando os dispositivos legais pertinentes e os resultados de uma pesquisa histórica sobre a prática tradicionalmente deslegalizada do IOF. A discussão central se desenrola com maior profundidade no tópico 3, no qual são esmiuçados os detalhes do fato gerador do IOF-crédito, com enfoque nos fenômenos da “colocação de recursos à disposição do interessado” e da apuração baseada em “saldos devedores diários”. Ao final, no tópico 4, aborda-se o tema da decadência e repassam-se variados exemplos práticos envolvendo mudanças de alíquotas de IOF, que confirmam a impossibilidade de se tributar em bases mensais os fatos geradores que ocorrem em momentos específicos no tempo.

2. Descrição do problema

Na legislação vigente atualmente, a apuração do IOF em operações de crédito rotativo é feita em bases mensais e adota uma técnica que consiste em realizar-se a somatória dos saldos devedores diários, apurados no último dia de cada mês. Entretanto, esta incidência mensal do IOF não está prevista no CTN e tampouco em leis ordinárias.

No nível da legislação ordinária, o cenário é bastante caótico e lacunoso. Mas mesmo assim, admite-se que há duas possíveis fontes para tal mecânica de apuração: a Lei n. 5.143/1966 e a Lei n. 8.894/1994. No primeiro caso, foi estipulado como fato gerador do IOF-crédito o ato de entrega de recursos, ou seja, o momento inicial da relação creditícia, e apenas se previu genericamente que a base do imposto consistirá no valor global dos saldos das operações de crédito

¹ É bastante conhecida a polêmica de atribuição da sigla IOF para denominar o imposto sobre operações de crédito, sendo comuns a sua substituição por IOC, IO/Crédito ou IOF-crédito. Dado o uso comum nos tempos atuais, o autor preferiu adotar neste artigo a abreviatura de “IOF-crédito” para fazer referências específicas ao IOC. Para a mais famosa crítica neste ponto, vide MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999, p. 112-115.

apurados mensalmente. No segundo caso, definiu-se a cobrança de alíquota diária máxima de 1,5% a incidir sobre o valor da operação e este, a seu turno, foi conceituado com certo desprezo (e até mesmo omissão) ao fenômeno da “entrega” do montante que constitui o objeto da obrigação [de crédito].

Antes, porém, de adentrar nas especificidades desta discussão, convém apontar os detalhes das operações de crédito rotativo, a fim de entender como elas funcionam, como geralmente são contratadas, como se opera a incidência do IOF atualmente e quais alternativas haveria para sua cobrança adequada ao fato gerador instantâneo da entrega de recursos.

2.1. Modalidades de operações de “crédito rotativo”

São três as modalidades de operações de “crédito rotativo”, abordadas no atual Regulamento do IOF (RIOF): contrato de empréstimo sem definição do valor do principal, adiantamento a depositante, e excessos de limite². Essas três operações compartilham entre si as características de indefinição prévia com relação ao valor envolvido e eventualmente também com relação ao prazo.

É óbvio que o valor de crédito transferido do mutuante ao mutuário sempre será conhecido no momento em que ocorrer, pois afinal se trata de um fato objetivamente observável que envolve a tradição de um montante de dinheiro. A legislação do IOF poderia perfeitamente segregar cada entrega de recurso e sujeitá-la à tributação de modo individualizado.

Todavia, a opção do legislador ordinário e das autoridades reguladoras foi de visualizar tais movimentações de recursos como integrantes de relações jurídicas entre as partes que possuem em comum a característica de livre movimentação de recursos entre elas. Assim, com a nobre intenção de simplificar a apuração do IOF, as três modalidades de relação de crédito aqui abordadas receberam tratamento similar no que concerne à apuração da base de cálculo do IOF.

Nas chamadas operações de “livre movimentação” ou de “crédito rotativo” as partes não sabem de antemão quanto crédito será entregue/disponibilizado e muitas vezes não estipulam tampouco um prazo final de encerramento da relação de crédito. Para esses casos, a regulamentação do IOF criou o controverso mecanismo do somatório de saldos devedores diários.

É importante destacar que o RIOF não menciona a expressão “crédito rotativo”. Esta é uma nomenclatura genérica adotada pelo autor em vista da sua adoção mais frequente nos tempos atuais. No passado, a expressão empréstimos de livre movimentação era mais utilizada para congregar as modalidades de operações cuja base de cálculo é apurada por meio do somatório de saldos devedores diários.

² Decreto n. 6.306/2007, art. 7º, incisos I, alínea “a”, III e V, alínea “a”.

2.1.1. Contrato de empréstimo sem definição do valor do principal

Enquanto no Direito Civil o empréstimo é um gênero que engloba o mútuo (empréstimo de coisa fungível) e o comodato (empréstimo de coisa não fungível), para a legislação de IOF o emprego deste vocábulo se verifica mais restrito, de modo que o empréstimo sujeito a tributação envolve necessariamente coisas fungíveis e, mais precisamente, dinheiro, título de crédito ou valores mobiliários. Para o bem da exatidão, a legislação do IOF poderia empregar a palavra mútuo para se referir ao fato gerador do IOF-crédito³.

O CTN fala de operações de crédito, sem fazer referência a nenhuma modalidade contratual, e também menciona o objeto da operação, que pode envolver um “montante” ou um “valor”. Essas expressões remetem a dinheiro e a título representativo de valor.

Curiosamente o RIOF não menciona os financiamentos como exemplos de operações de crédito rotativo. Provavelmente porque, sendo os financiamentos operações de crédito vinculadas a uma finalidade específica⁴, eles não permitem livre movimentação de recursos e geralmente apresentam valor e prazo certos. Assim, não foi estipulada a possibilidade de cobrança de IOF-crédito na metodologia de somatórios de saldos devedores diários em operações de financiamento, porque esta, conforme explanado adiante, somente se aplica em situações de indefinição do valor.

Atualmente os empréstimos sem definição do valor do principal estão sujeitos à apuração do IOF-crédito por meio de saldos devedores diários mesmo que tenham prazo definido. A cobrança do IOF-crédito é feita mensalmente durante o tempo de duração do contrato e a justificativa mais plausível para esta metodologia é que não seria possível conhecer o valor total da operação antecipadamente.

Os empréstimos com valor de principal definido e prazo indeterminado geram controvérsias e já vivenciaram períodos de indefinição na sua apuração. Em vista da ausência de previsão específica nos regulamentos anteriores do IOF, havia dúvidas sobre o modo correto de cálculo, uma vez que se poderia tanto pensar que caberia uma apuração por somatório de saldos devedores diários quanto formular uma interpretação de que o correto seria assumir um prazo fictício de 365 dias e tributá-la como tal⁵.

Na legislação mais pretérita do IOF, era comum que a cobrança do IOF-crédito ficasse restrita a uma base de cálculo limitada ao período de 1 ano. Assim, as

³ Vide comentários aprofundados em MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999, p. 134-135.

⁴ Como, por exemplo, um financiamento rural, imobiliário, à exportação, vinculado à aquisição de máquinas, equipamentos etc. Vide CARMO, Paulo Vicente Gomes. *Manual do I.O.F.* 2. ed. São Paulo: Frase Editora, 1998, p. 35.

⁵ Os Regulamentos do IOF de 1997 (Decreto n. 2.219/1997) e 2002 (Decreto n. 4.494/2002) não continham previsão expressa para endereçar o caso de empréstimo de valor definido e prazo indeterminado.

operações de crédito com prazo indeterminado eram tratadas de modo similar às operações com prazo determinado superior a 365 dias. A maneira como a legislação do IOF lidava com o tema do prazo indeterminado envolvia cobrar uma alíquota majorada para operação de prazo superior a 1 ano ou de prazo indeterminado. Tomando-se o exemplo da Resolução Bacen 610/1980, a alíquota para operações inferiores a 365 dias era de 0,6% ao mês e no caso de operações superiores a 365 dias ou de prazo indeterminado, a alíquota era fixa de 6,9%⁶. A base de cálculo consistia simplesmente no valor do principal entregue ou colocado à disposição do interessado⁷.

Esta prática histórica poderia favorecer então a interpretação de que mesmo durante os anos de 1997 a 2007 os empréstimos de valor definido e prazo indeterminado deveriam também ser tributados como se fossem superiores a 1 ano⁸.

Atualmente, esta interpretação consta como regra no § 14 do art. 7º do Decreto n. 6.306/2007, de modo que operações de crédito com valor definido e prazo indeterminado devem pagar IOF-crédito assumindo-se ficticiamente o prazo de 1 ano. Esta ficção parece descabida e o que se verifica na prática é que em empréstimos de prazo indefinido, mas curto, as partes acabam fixando um determinado prazo e efetuam prorrogações constantes para limitar a carga tributária do IOF-crédito.

2.2.2. Adiantamento a depositante

As operações de adiantamento a depositante e de excessos de limite são bastante similares e se verificam no contexto de uma relação de depósito e conta corrente com instituição financeira.

O adiantamento a depositantes ocorre quando os clientes emitem cheques ou efetivam saques sem o devido provisionamento de fundos em suas contas bancárias. Esses gastos adicionais geram a necessidade imediata de concessão de crédito pela instituição financeira. Geralmente são empréstimos feitos em caráter de urgência para clientes com contas a descoberto⁹.

Segundo o antigo *Manual de Normas e Instruções* (MNI), os adiantamentos a depositantes constituem valores descobertos em contas de depósitos. A nomenclatura “adiantamentos” carrega um sentido de operação de curto prazo, isto é, um empréstimo de poucos dias, que deve logo ser liquidado pelo cliente ou transformado em outra operação. Tomando-se como exemplo a versão de 1985 do MNI, os bancos comerciais dispunham de um prazo de 15 dias para tratar tais adianta-

⁶ Vide itens I-a e I-b, da Res. BCB n. 610/1980.

⁷ Vide, por exemplo, item 1-a-III do *Manual de Normas e Instruções* (MNI) 4-4-4, baixado pela Resolução BCB n. 619/1980.

⁸ Para esta interpretação, vide CARMO, Paulo Vicente Gomes. *Manual do I.O.F.* 2. ed. São Paulo: Frase Editora, 1998, p. 57 (item 6.32: “operações sem data de vencimento estipulada”).

⁹ BARRETO, Aires F. *ISS, IOF e instituições financeiras*. São Paulo: Noeses, 20216, p. 130.

mentos como tal¹⁰, após o que eles deveriam ser transferidos obrigatoriamente para a natureza de “créditos em liquidação”. Essa prática gerava um período curto para a operação de adiantamentos a depositantes, após o que o saldo a descoberto se tornava imediatamente cobrável¹¹.

No caso do adiantamento a depositante, geralmente o crédito adicional concedido enfoca uma determinada transação específica a ser paga no dia e para a qual o mutuário não dispõe imediatamente de fundos. Ou seja, o adiantamento geralmente tem valor definido, pois objetiva a cobertura de um saldo a descoberto específico e determinado. O que não se conhece é o prazo da operação de crédito. Todavia, como se sabe que o prazo da operação de adiantamento é necessariamente curto, a legislação do IOF não aplicou para este caso a equiparação fictícia que se comentou acima para os casos de empréstimos de valor definido e prazo indeterminado¹².

Desse modo, pela regulamentação atual as operações de adiantamento a depositante são operação de valor certo e prazo indeterminado para as quais a legislação do IOF-crédito preferiu determinar a incidência com base no somatório dos saldos devedores diários.

2.2.3. *Excesso de limite*

Os excessos de limites são fenômenos que geralmente acontecem no contexto de operações de empréstimo e financiamento já em andamento e se observam pela abertura de crédito adicional em favor do devedor. Outrossim, conceitua-se o excesso de limite como o saldo a descoberto ocorrido em operação de empréstimo ou financiamento¹³.

Condizente com a instantaneidade do fato gerador, a legislação do IOF costumava descrever o fato gerador com referência a um “novo suprimento” de crédito. Assim, somente se tornava devido o imposto na hipótese de verificação de excesso de limite desde que tal excesso constitua novo suprimento¹⁴.

A legislação atual também descreve os excessos de limite como sendo uma operação vinculada a outra operação de crédito, a qual pode ou não ter o valor do principal definido. Assim, quando a operação de crédito original tiver um valor definido de principal, os excessos se revelarão por meio da entrega de novos valores ao interessado¹⁵. Já nos contratos de crédito sem definição do valor prin-

¹⁰ Esses adiantamentos eram classificados como “atividades não especificadas e computados como aplicações em faixa não prioritária”.

¹¹ Vide item 1 do *Manual de Normas e Instruções* (MNI) 16-9-7, conforme alterado pela Carta-Circular n. 1.194/1985.

¹² Vide item 2.1.1 *supra*.

¹³ Vide art. 3º, inciso V, do Decreto n. 6.306/2007.

¹⁴ Vide, por exemplo, o item 2-i do MNI 4-4-2m conforme redação dada pela Circular BCB n. 870/1984.

¹⁵ Vide art. 7º, inciso V-b, do Decreto n. 6.306/2007.

cial os excessos de limite se observam no dia a dia, quando ocorrem novas e efetivas concessões de crédito¹⁶.

O fato gerador dos excessos de limite também vem definido na legislação atual com atributo de instantaneidade, pois ele se considera ocorrido na data em que se verificar excesso de limite, assim entendido o saldo a descoberto ocorrido em operação de empréstimo ou financiamento¹⁷. Mas a base de cálculo neste caso também não guarda coerência com o fato gerador e não se apura com referência a um valor numa determinada data.

Particularmente no caso dos excessos de limite verificados em operações sem definição do valor do principal, a base de cálculo corresponderá ao valor dos excessos computados no somatório dos saldos devedores diários¹⁸. Nos excessos de limite se verifica uma meta-apuração de IOF-crédito que se realiza de modo independente da operação de crédito rotativo subjacente, pois esta já terá sido tributada na época da concessão do crédito (nos casos em que definido o valor do principal) ou será tributada de modo independente (nos casos em que não for definido o valor do principal).

2.2.4. *Ressalvas sobre o contrato de “conta corrente”*

A legislação do IOF-crédito não menciona os contratos de “conta corrente” como sendo operações de crédito tributáveis pelo IOF. Não obstante isso, a Receita Federal tem defendido a similaridade desses contratos com operações de “crédito rotativo”, do que resulta uma pretensão das autoridades fiscais para a tributação desses contratos por meio da sistemática de somatório dos saldos devedores diários.

Não é, porém, objetivo deste artigo discutir a natureza do contrato de conta corrente. Esta controvérsia já conta com numerosos trabalhos e também decisões com análises bastante detalhadas e primorosas. A menção ao tema da conta corrente contratual aqui se justifica para avaliar detalhes desta relação jurídica, buscando entender como e quando ela poderia revelar uma operação de crédito, bem como examinar possíveis alternativas de apuração do IOF-crédito para esta modalidade contratual.

Este tema carrega uma grande controvérsia que envolve a interpretação do art. 13 da Lei n. 9.779/1999 com relação às “operações de crédito correspondentes a mútuo”. A interpretação dada pela Receita Federal é de que esta expressão deveria ser lida como “operações similares a mútuo”, o que englobaria qualquer contrato. Já os contribuintes têm defendido que o vocábulo “mútuo” deve ser interpretado restritivamente, referindo-se exclusivamente a operações típicas de

¹⁶ Vide art. 7º, inciso V-a, do Decreto n. 6.306/2007.

¹⁷ Vide art. 3º, inciso V, do Decreto n. 6.306/2007.

¹⁸ Vide art. 3º, inciso V, alínea “a”, do Decreto n. 6.306/2007.

mútuo e afastando a possibilidade de assimilação de outras formas contratuais, como é o caso da conta corrente contratual.

A legislação civil atual não apresenta didaticamente uma definição legal do contrato de conta corrente. Tampouco a legislação tributária atual cuida de mencioná-lo. Embora tenha havido menção expressa na revogada Instrução Normativa n. 907/1999¹⁹, o contrato de conta corrente não é abordado expressamente pela legislação vigente do IOF.

Não se deve, contudo, afastar a possibilidade de ser a conta corrente contratual um contrato típico, até mesmo porque a tipicidade contratual, conquanto possa sempre ser reforçada diante de uma previsão legal específica, se constrói a partir da observação cotidiana e costumeira de determinada forma contratual²⁰.

Convém esclarecer também que a “conta corrente” não é uma conta bancária – até mesmo porque não é possível ou, quando menos, não é um expediente prático simples, a abertura de uma conta bancária unificada em nome das empresas participantes do arranjo. A “conta corrente” consiste em uma conta gráfica, um controle estipulado entre as empresas para apurar o saldo das sucessivas e recíprocas transferências de recursos entre elas.

De modo geral, o contrato de conta corrente envolve transferências de recursos financeiros entre empresas num fluxo bidirecional, buscando atender a necessidades momentâneas de caixa. Suas principais características envolvem: (i) a bilateralidade, que se manifesta pelas remessas recíprocas de valores, (ii) a ausência de determinação prévia dos valores dessas remessas, (iii) a ausência de posições fixas para credor e devedor, (iv) a ausência de remuneração por meio de juros e (v) a ausência de estipulação de prazo para devolução dos recursos.

O que talvez seja o elemento mais característico do contrato de conta corrente consiste no uso compartilhado dos recursos financeiros. Aquele que tem a posse de determinado numerário livre pode ter que transferi-lo à outra parte, se esta assim o requerer, e vice-versa. As partes compartilham os recursos umas das outras durante determinado período sem fixar uma relação de crédito/dívida.

Durante um certo período, que pode ultrapassar o tempo de um mês, os saldos dessas transferências de recursos geram lançamentos a débito e a crédito nas contas correntes (gráficas) das partes sem que se estipule a obrigação de devolução ou quaisquer outros termos (prazo, juros etc.). Assim, podem-se carregar saldos de débito/crédito entre as partes durante meses a fio sem que disso resulte uma relação de crédito.

Mas haverá um dia em que esta sequência de operações sucessivas resultará na apuração de um saldo devedor e, portanto, numa operação de crédito sujeita

¹⁹ O art. 7º, §§ 2º e 3º, da IN RFB n. 907/1999 referia-se às “operações de crédito realizadas por meio de conta corrente”.

²⁰ Para uma das mais completas abordagens do contrato de conta corrente contratual como contrato típico, vide o Acórdão n. 3402-003.018, com relatoria da Cons. Thais De Laurentiis Galkowicz.

a IOF-crédito. Cabe, portanto, questionar se as partes são obrigadas a fazer o fechamento da conta corrente em um determinado momento e constituir, a partir de então, uma relação de crédito/dívida.

Uma visão bastante plausível é a de que a verificação do saldo da conta corrente numa data estipulada faz surgir a relação de crédito após esta data. O prazo para esta verificação seria aquele contratualmente estabelecido, ou o final de cada ano caso não haja prazo preestabelecido²¹. De fato, o fechamento das demonstrações financeiras e, portanto, o levantamento de balanço anual inevitavelmente exige que se apure o saldo da conta corrente ao menos uma vez por ano e, mais especificamente, na data de referência do balanço de encerramento anual.

Seria então nesta data que caberia a cobrança do IOF-crédito com base no valor da operação de crédito nesta data. Entretanto, particularidades do caso concreto podem reclamar encaminhamento diverso, pois pode acontecer, por exemplo, que o saldo levantado nas demonstrações financeiras de uma parte simplesmente retrate uma visão individualizada e unilateral da conta corrente, sem que disso resulte uma estipulação consensual dos termos do crédito entre as partes envolvidas.

2.3. Base legal para a cobrança de IOF-crédito em operações de crédito rotativo

O tema analisado no presente artigo consiste na cobrança de IOF-crédito por meio do chamado método hamburguês, que consiste em aplicar uma alíquota diária sobre o somatório dos saldos devedores diários. Para que se faça uma análise cuidadosa do tema, deve-se perguntar qual é a base legal desta metodologia, o que conduz à busca da fundamentação do IOF-crédito tanto em nível de lei complementar quanto de lei ordinária.

Nos limites deste tópico introdutório, apresenta-se uma análise histórica das fontes legais do IOF-crédito em operações de crédito rotativo, com a identificação dos dispositivos pertinentes e a constatação de uma prática bastante insubmissa ao princípio da legalidade.

2.3.1. Legado deslegalizado do IOF

Uma incursão histórica na origem e no desenvolvimento dos impostos que comodamente e atecnicamente se convencionou denominar de IOF demonstra um manifesto desprezo pela legalidade.

O IOF como conhecemos atualmente carrega uma herança de regulação do IOF por atos infralegais. O período de maior desenvolvimento e aprimoramento das regras atuais aconteceu durante as 2 décadas em que o IOF foi administrado pelo Banco Central do Brasil, desde a sua instituição em 1967 até 1988, quando passou à administração da Receita Federal.

²¹ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 326-327.

Embora já existisse um princípio da legalidade mais restrito para o IOF desde 1969, tais restrições foram frontalmente ignoradas pelo Banco Central, seja por confiar na detenção de competência regulamentar ampla, seja porque o IOF era mesmo visto como um instrumento de política financeira cujas modificações poderiam ser livremente implementadas sem o intermédio de lei.

Concebido originalmente na Emenda Constitucional n. 18/1965, o IOF foi instituído em 1966, num movimento de grandes adaptações legislativas que incluiu a própria edição do Código Tributário Nacional e a substituição do Imposto do Selo por outros tributos (dentre os quais, o IOF e o IPI).

Naquele momento não se cogitava de incidência mensal do IOF sobre operações de crédito rotativo. Esta controversa modalidade de cobrança do IOF somente surgiu na década de 80²². Com efeito, a Lei n. 5.143/1966, que antecedeu a edição do CTN em apenas 5 dias, criou o IOF com escopo reduzido e que, em relação às “operações de crédito”, somente mencionou expressamente as operações de empréstimo, abertura de crédito e desconto de títulos, abstendo-se de prever expressamente a incidência sobre operações com prazo ou valor incertos.

Desde aquela época, o fato gerador do IOF nas operações de crédito já estava definido como sendo a “entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado” e a referida Lei n. 5.143/1966 não se preocupou em definir a base de cálculo porque tal tarefa ficou a cargo do Conselho Monetário Nacional, a quem foi incumbida a tarefa de expedir um Regulamento para o IOF²³.

Em termos de mecânica legislativa em matéria tributária, nota-se que esta foi uma delegação normativa bastante ampla, pois o Conselho Monetário Nacional poderia legislar livremente em matéria de IOF. A Lei n. 5.143/1966 permitiu que o Regulamento a ser expedido pelo CMN não apenas modificasse ou eliminasse as alíquotas, mas também – para o que interessa ao presente artigo – desdobrasse as hipóteses de incidência e alterasse as bases de cálculo do IOF²⁴. Esta amplitude do poder normativo do Poder Executivo foi também confirmada pelo CTN, que, em seu art. 65, previu a possibilidade de alteração da base de cálculo pelo Poder Executivo.

Imediatamente se pôs em marcha o exercício deste poder regulatório, no que se observa então a edição de diversos atos regulamentares que formaram o primeiro Regulamento do IOF. Os primeiros atos regulamentares do IOF consistiram na Resolução 40 e nas Circulares 63 e 74, editados pelo Banco Central em 1966 e 1967. O IOF passou a ser cobrado em 1967²⁵.

²² Conforme exposto em maiores detalhes abaixo, no item 3.2.2, o método hamburguês, consistente no somatório dos saldos devedores diários, surgiu apenas em 1983 com a Resolução CMN n. 816/1983.

²³ Esta delegação normativa pode ser observada nos arts. 9º e 10 da Lei n. 5.143/1966.

²⁴ Vide art. 10 da Lei n. 5.143/1966.

²⁵ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro, títulos e valores mobiliários (artigos 63 a 67 do C.T.N.). *Direito tributário* 4. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 74.

Não espanta, portanto, que o IOF tenha sido mencionado no CTN com esta conferência ampla de poder regulatório ao Poder Executivo, pois o contexto daquela época remetia à Emenda Constitucional n. 18/1965, que apresentava um princípio da legalidade tributária menos rigoroso que o atual. Com efeito, admitia-se naqueles tempos que os impostos de natureza extrafiscal tivessem não só a sua alíquota, mas também a base de cálculo determinada por ato infralegal²⁶.

Deste modo, mostrava-se plenamente concebível que órgãos do Poder Executivo promovessem a modificação autônoma das bases de cálculo do II, IE e IOF, sem preocupação com a necessidade de se modificar também o fato gerador correspondente. O art. 65 do CTN retrata este momento histórico em relação ao IOF, mas deve ser considerado superado em relação à possibilidade de alterar bases de cálculo pelo Poder Executivo. A Emenda Constitucional n. 1/1969 suprimiu esta possibilidade, de modo que o art. 65 do CTN perdeu seu sustentáculo constitucional desde aquela época²⁷.

O CTN apresenta também dispositivos similares para o imposto de importação (art. 21) e para o imposto de exportação (art. 26), os quais, em conjunto com o art. 65 (IOF), não foram recepcionados pela EMC n. 1/1969 e tampouco pela atual Constituição Federal, sendo vedada a modificação da base de cálculo do IOF por meio de Decreto ou qualquer outro ato infralegal.

Deve-se repisar que desde 1969 a Emenda Constitucional n. 1 reintroduziu uma versão mais rigorosa do princípio da legalidade e eliminou esta possibilidade de modificação das bases de cálculos de impostos extrafiscais. Durante a década de 70, portanto, já não mais faria sentido conceber que o Poder Executivo tivesse poderes para “desdobrar as hipóteses de incidência” ou “alterar as bases de cálculo” do IOF.

Entretanto, a realidade que se descortinou nos anos seguintes demonstra um papel predominante da regulamentação bancária na disciplina do IOF e pouquíssimos aportes decorrentes diretamente da Lei. As razões para este legado deslegalizado do IOF são bastante óbvias, porque ele foi administrado diretamente pelo Banco Central do Brasil desde a sua instituição em 1966 até 1988, quando passou para a competência da Secretaria da Receita Federal²⁸.

2.3.2. Dispositivos legais em discussão

Enquanto imposto de caráter extrafiscal, o IOF recebe, na Constituição Federal atual, um tratamento mais brando no que respeita às exigências decorren-

²⁶ Vide art. 7º, I e § 1º (II e IE) e art. 14, § 1º (IOF) da EMC n. 18/1965.

²⁷ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 475. SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro, títulos e valores mobiliários (artigos 63 a 67 do C.T.N.). *Direito tributário* 4. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 74.

²⁸ Vide Decreto-lei n. 2.471/1988. Vide comentários sobre este contexto histórico em CARMO, Paulo Vicente Gomes. *Manual do I.O.F.* 2. ed. São Paulo: Frase Editora, 1998, p. 27-29.

tes do princípio da legalidade e da anterioridade. Mais precisamente, pode o Poder Executivo alterar a sua alíquota mediante Decreto e tal modificação passa a valer imediatamente²⁹. Todavia, é bom lembrar que todos os demais requisitos decorrentes do princípio da legalidade e das demais limitações constitucionais ao poder de tributar devem ser observados.

Além disso, tanto na Constituição Federal atual quanto na anterior (EMC n. 1/1969), demanda-se a utilização de lei complementar para a estipulação das normas gerais sobre os tributos, sendo esta obrigação reforçada e mais explicitada na Constituição atual para exigir que todos os aspectos da hipótese de incidência estejam previstos em lei complementar³⁰.

Para a discussão ora enfocada, que envolve um descasamento entre o fato gerador instantâneo do IOF-crédito e sua base de cálculo mensal em operações de crédito rotativo, cabe perquirir qual é a base legal da metodologia consistente no “somatório dos saldos devedores mensais” e se esta forma de cobrança seria sequer concebível diante de um fato gerador que retrata um instante temporal específico.

São quatro as principais leis a serem examinadas³¹:

- Lei n. 5.143/1966, que estipula o fato gerador do IOF-crédito na “entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado” e concomitantemente determina a apuração do IOF em bases mensais, elegendo como base de cálculo o “valor global dos saldos das operações de empréstimo, de abertura de crédito, e de desconto de títulos, apurados mensalmente”. Esta lei tem o potencial para ser considerada lei complementar por recepção porque foi editada num período em que não se exigia lei complementar em matéria tributária;
- o próprio CTN, que repete a formulação do fato gerador “entrega [...] do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado” e não estipula uma base mensal, restringindo-se a dizer que a base de cálculo será “montante da obrigação, compreendendo o principal e os juros”. O CTN também pode ser considerado recepcionado como lei complementar;
- a Lei n. 8.894/1994, que estipula uma incidência em bases diárias, com alíquota máxima de 1,5% ao dia, sobre o “valor da operação”, o qual foi definido como “o valor do principal que constitua objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado”. Embora esta lei não se refira

²⁹ Cf. art. 150, § 1º e art. 153, § 1º, da Constituição Federal.

³⁰ Cf. art. 146, inciso III, da Constituição Federal e art. 18, § 1º, da EMC n. 1/1969.

³¹ Não foram selecionados para análise o Decreto-lei n. 1.783/1980 e tampouco as Lei n. 7.766/1989, n. 8.033/1990 e n. 9.532/1997 (arts. 58 e 59) por se entender que eles não alteraram marcadamente a base de cálculo do IOF em operações de crédito rotativo.

expressamente à “entrega” do valor que constitua objeto da obrigação, vai subentendido que o fato gerador por ela enunciado é aquele do art. 63 do CTN. Não sendo uma lei complementar, a Lei n. 8.894/1994 deve se restringir aos limites definidos pelo CTN e pela Lei n. 5.143/1966 no que for cabível;

– a Lei n. 9.779/1999, cujo art. 13 estendeu a incidência do IOF-crédito para operações entre particulares, elegendo, porém, um escopo mais restrito em relação ao fato gerador – que se identifica apenas com a “data da concessão do crédito” – impactando também no recolhimento, que logicamente só pode acontecer uma vez e no prazo que foi formulado como “até o terceiro dia útil da semana subsequente à da ocorrência do fato gerador”³².

3. Discussão do problema

Neste tópico da exposição, discute-se a abrangência material do fato gerador do IOF, com vistas à identificação dos aspectos material e temporal da hipótese de incidência, bem como percorrem-se as possíveis formas de base de cálculo, à luz do quanto previsto na CTN e nas leis ordinárias que regularam o assunto.

A base de cálculo é uma grandeza que deve guardar sintonia com o fato gerador. Busca-se compreender se são instantâneos ou periódicos esses fenômenos no IOF-crédito e perquirir quais seriam as razões pelas quais a base de cálculo do IOF-crédito poderia ser estipulada de modo periódico (em bases diárias ou mensais) quando os aspectos material e temporal do fato gerador foram previstos no CTN de modo instantâneo.

3.1. O fato gerador do IOF-crédito

A expressão “fato gerador” é tomada aqui como sinônimo dos aspectos material e temporal da hipótese de incidência³³. Ao empreender uma análise do fato gerador do IOF-crédito no CTN, busca-se, sobretudo, questionar se o seu aspecto temporal é de natureza instantânea ou periódica.

3.1.1. IOF sobre operações de crédito

Tanto na dicção constitucional quanto na linguagem empregada pelo CTN, nota-se que o IOF alcança variados tipos de “operações” (de crédito, câmbio, se-

³² Cf. art. 13, §§ 1º e 3º, da Lei n. 8.894/1994.

³³ O autor prefere utilizar a expressão fato gerador em vista da sua acolhida pelo CTN. É importante ressaltar, no entanto, que uma abordagem científica do tema demanda uma segregação entre o conceito legal do fato, isto é, o fato descrito na hipótese da norma (hipótese de incidência), e o fato verificado na realidade (fato impositivo). Cf. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 49-59. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 374-377.

guro etc.). Nos limites do presente artigo, cumpre examinar no que consistem as operações de crédito, como elas se aperfeiçoam na prática e qual é a sua relação com o elemento tempo.

O vocábulo “operações” remete a um negócio jurídico havido entre um alienante e um adquirente. Esta operação pode se verificar no bojo de um negócio jurídico creditício (sujeito a IOF-crédito), um negócio jurídico envolvendo produtos industrializados (sujeito a IPI) ou mercadorias (sujeito ao ICMS). Vai subentendido nisso que as “operações” envolvem uma obrigação de dar, que impõe a uma parte o dever de entregar uma coisa já existente à outra³⁴.

Emprega-se também o vocábulo “operações” na Constituição Federal na definição do fato gerador pertinente ao ICMS. Dessa forma, buscando-se um alinhamento conceitual, entende-se que as operações a que se refere o art. 153, V, da Constituição Federal são os próprios negócios jurídicos de crédito, câmbio, seguro ou relativos a títulos ou valores mobiliários.

A devida especificação sobre quais negócios jurídicos estão abrangidos no campo de incidência do IOF deve ser dada por lei complementar no exercício do papel que lhe foi atribuído pelo art. 146, III, da Constituição Federal. Donde se infere que as operações ou, melhor dizendo, os negócios jurídicos cuja prática gera a cobrança de IOF são aqueles referidos no art. 63 do Código Tributário Nacional. O significado de “operações” no texto constitucional remete à realização de negócios jurídicos e, portanto, indica como relevante para deflagrar a incidência do IOF a prática dos negócios jurídicos previstos nos incisos I, II, III e IV do art. 63 do CTN³⁵.

As operações de crédito envolvem uma relação de confiança prolongada no tempo. Fala-se de negócios jurídicos futuros que envolvem confiança e tempo, mediante os quais alguém efetua uma prestação presente, contra promessa de uma prestação futura. No crédito, troca-se um bem presente por um bem futuro³⁶. Entregam-se recursos no momento presente, na expectativa de devolução desses recursos num momento futuro, geralmente acrescidos de uma remuneração.

Mais ainda, esta associação das operações com negócios jurídicos específicos demanda ainda um esclarecimento adicional a respeito da necessária natureza bilateral de tais negócios. Fala-se de uma natureza “circulatória” do IOF, porque as operações abrangidas certamente não podem representar operações da mes-

³⁴ BARRETO, Aires F. *ISS, IOF e instituições financeiras*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 14-16.

³⁵ CANTO, Gilberto de Ulhôa; MIRANDA FILHO, Aloysio Meirelles de. O IOF. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 42-43.

³⁶ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. IOF: Imposto sobre Operações Financeiras. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 154.

ma pessoa consigo mesma. As operações envolvem dois polos exteriorizadores de interesses distintos, de modo que somente faz sentido pensar na incidência de IOF-crédito quando se tem uma operação circulatória de recursos entre duas pessoas³⁷.

No que respeita às operações de crédito, tem-se que a concessão ou abertura de crédito necessariamente decorre de uma operação circulatória de dinheiro³⁸. Este sentido “circulatório” é intrínseco ao sentido da palavra “operações” e tal qual se verifica nas operações sujeitas ao ICMS, a operação de crédito consiste na própria entrega de recursos de uma parte à outra. Em outras palavras, a operação sujeita a IOF-crédito se materializa num ato instantâneo de tradição de valores do mutuante ao mutuário.

Sendo os fatos geradores do IOF, todos, atos jurídicos, isto é, situações jurídicas, aplica-se à hipótese os art. 116, II e 117 do CTN³⁹.

O momento temporal em que a “situação jurídica” está definitivamente constituída é aquele em que se reputar perfeito o ato jurídico correspondente. E esta análise deve ser feita à luz das normas do direito privado aplicáveis ao contrato correspondente, buscando-se averiguar quando a declaração ou as declarações de vontade foram manifestadas de modo a atingir seus objetivos⁴⁰.

No que respeita às operações de crédito, sendo o fato gerador do IOF uma situação jurídica verificada num ponto específico do tempo – aquele em que concluída a operação com a correspondente entrega do montante do crédito ou sua colocação à disposição do interessado – não seria cabível cogitar-se da tributação em momento temporal distinto. Nesse sentido, a apuração baseada em levantamentos mensais de saldos devedores diários está visivelmente desalinhada com o fato gerador do IOF em operações de crédito porque o negócio jurídico correspondente se reputa perfeito e acabado no momento da própria liberação dos recursos ou sua colocação à disposição.

Ainda que o fato gerador do IOF seja identificado com uma situação fática nos moldes do art. 116, I, do CTN, tem-se que a sua ocorrência se materializa

³⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O I.O.F. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 57-60.

³⁸ Assim como o fechamento de um câmbio é uma operação circulatória de dívidas; a contratação de um seguro é uma operação circulatória de um serviço assecuratório do valor do bem ou vida garantidos pelas importâncias negociadas etc. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. O I.O.F. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 61)

³⁹ MACHADO, Hugo de Brito. O I.O.F. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 124. SANTOS, Cláudio. O Imposto sobre Operações Financeiras. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 100.

⁴⁰ SANTOS, Cláudio. O Imposto sobre Operações Financeiras. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 100.

numa data específica que retrata a operação original. Mais uma vez se observa como relevante o momento da entrega do montante do crédito ou o momento da sua colocação à disposição. Nesse sentido, o aspecto temporal do IOF em operações de crédito consiste na consumação fática do negócio jurídico correspondente, a qual se verifica nos atos de entrega ou na colocação de recursos à disposição. Não se trata, tampouco, de fato imponível complexo (formado pela conjunção de diversos elementos) ou continuado (caracterizado por situações ou estados)⁴¹.

Ademais, não caberia tampouco cogitar-se que, neste caso, a incidência tributária se opera na exceção posta pelo art. 116 do CTN e por força de “disposição de lei em contrário”. Primeiro porque esta ressalva do CTN somente permite uma definição de momento temporal de incidência que seja condizente com o arquétipo constitucional do tributo correspondente e com a realidade contratual subjacente⁴². Segundo porque a incidência do IOF sobre saldos devedores diários nem sequer foi prevista em lei, como se comenta adiante no item 3.2.2.

3.1.2. *Fato e momento da entrega ou colocação de valor à disposição do interessado*

Pela disciplina dada ao tema na Constituição Federal, o fato gerador do IOF-crédito deve ser definido em lei complementar e as duas possíveis candidatas a ocupar esta posição são a Lei n. 5.143/1966 e o CTN. Ambas são leis ordinárias que podem ser vistas como recepcionadas pela Constituição Federal com a natureza de lei complementar. Em qualquer caso, o resultado será o mesmo pois a descrição do fato gerador nessas duas leis é praticamente idêntica.

Na descrição dada pelo CTN, que é ligeiramente mais extensa do que aquela da Lei n. 5.143/1966, o fato gerador consiste na entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado. Esta descrição nitidamente remete a dois comportamentos (entrega e colocação à disposição), que merecem ser compreendidos individualmente.

É importante destacar também que o IOF é um dos impostos descendentes do antigo imposto do selo. Sabe-se que o IOF veio substituir o imposto do selo e este era um imposto que onerava contratos variados e se orientava pelo chamado “princípio documental”, segundo o qual eram tributados apenas os contratos formalizados em papel. O IOF eliminou esta perspectiva formalista, substituindo-a por uma concepção material, na qual bastaria a comprovação da ocorrência dos fatos (por exemplo, a concessão de crédito) para deflagrar a incidência tributária⁴³.

⁴¹ MELO, José Eduardo Soares de. I.O.F. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 139.

⁴² MACHADO, Hugo de Brito. O I.O.F. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 124.

⁴³ AMARAL, Antonio Carlos R. do; MENEZES, Paulo L. de. O imposto sobre operações financeiras – IOF. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 199.

Portanto, um aspecto importante desta substituição do imposto do selo pelo IOF é que não se pode conceber a incidência do IOF sobre a mera assinatura de contratos. Ao contrário do antigo imposto, o IOF não incide sobre o instrumento contratual, mas sim sobre a efetiva entrega do valor que constitua o objeto da obrigação ou sua colocação à disposição do interessado⁴⁴.

Nota-se aqui também uma perfeita sintonia entre o direito tributário e o direito privado, porque o contrato de mútuo do direito privado não se completa com a assinatura do contrato e depende da entrega do valor ao mutuário para se considerar aperfeiçoado. A situação jurídica que é tomada pelo direito tributário como fato gerador do IOF-crédito somente pode ser considerada definitiva quando constatada a entrega do valor ao mutuário ou a colocação de recursos à sua disposição⁴⁵.

No que respeita às operações de crédito, o fato gerador é perfeitamente identificável no momento em que se aperfeiçoa. Assim, o imposto se torna devido com a entrega (tradição) dos valores ao beneficiário, em parte ou na sua totalidade, ou ainda na colocação dos valores à disposição do interessado. Em ambos os casos, será necessário verificar uma transferência de domínio dos recursos emprestados, nos moldes do direito privado⁴⁶.

Esta transferência de domínio dos recursos emprestados nada mais é que a sua tradição/transmissão. Antonio Carlos R. do Amaral e Paulo L. de Menezes fazem referência ao art. 1.257 do Código Civil de 1916⁴⁷. No Código Civil atual, este dispositivo corresponde ao art. 587, que não sofreu modificações.

Tanto a “entrega” quanto o fenômeno da “colocação à disposição do interessado” remetem à “tradição” do valor do crédito. Assim, colocar à disposição envolve colocar os recursos numa conta corrente em um determinado banco de modo prontamente acessível pelo interessado, ou ainda a entrega de cheques passíveis de desconto⁴⁸.

⁴⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Imposto sobre operações de crédito – fato gerador – distinção em relação ao antigo imposto do selo – cancelamento de operações potencialmente tributáveis. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16 (caderno separado). São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 54.

⁴⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Imposto sobre operações de crédito – fato gerador – distinção em relação ao antigo imposto do selo – cancelamento de operações potencialmente tributáveis. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16 (caderno separado). São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 57.

⁴⁶ AMARAL, Antonio Carlos R. do; MENEZES, Paulo L. de. O imposto sobre operações financeiras – IOF. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 199-200.

⁴⁷ AMARAL, Antonio Carlos R. do; MENEZES, Paulo L. de. O Imposto sobre Operações Financeiras – IOF. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 200.

⁴⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Imposto sobre operações de crédito – fato gerador – distinção em relação ao antigo imposto do selo – cancelamento de operações potencialmente tributáveis. In:

A colocação de valores à disposição também se opera num único ato, verificável numa única data, e consiste na disponibilização de recursos para utilização pelo interessado. Em situações nas quais se verifique uma discrepância entre a data da assinatura do contrato e seu efetivo processamento, tem-se que o fato gerador somente se considera aperfeiçoado com a efetiva liberação dos recursos.

“Colocar à disposição do interessado” significa efetivamente o ato de fazer com que os recursos pactuados sejam colocados ao alcance do interessado mediante, por exemplo, um depósito na conta corrente do mutuário, podendo este utilizá-los quando lhe for conveniente. Com a assinatura do contrato de crédito, formaliza-se um acordo de vontades voltado à concessão e aquisição 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 gerador⁴⁹.

O contrato de abertura de crédito é a modalidade de operação de crédito que mais tipicamente retrata o fenômeno da colocação de recursos à disposição do interessado⁵⁰. A simples abertura de crédito é suficiente para determinar o nascimento da obrigação tributária porque pressupõe a colocação de recursos à disposição do interessado⁵¹.

O ato de colocar recursos à disposição do interessado envolve um desembolso por parte do credor. Para ficar neste exemplo da abertura de crédito, é importante ressaltar que atualmente, esta modalidade contratual está regulada nos arts. 3º a 9º da Lei n. 13.476/2017 e envolve uma operação na qual o credor se compromete a desembolsar recursos em favor do tomador de crédito. Pode-se observar duas principais modalidades de abertura de crédito na implementação prática a depender de como são tratadas as devoluções de recursos pelo devedor. Num caso a devolução não restaura o crédito e no segundo caso, a devolução o restaura, permitindo saques adicionais futuros⁵².

Na abertura de crédito, os recursos normalmente são depositados numa conta corrente em nome do devedor e mantida pela instituição financeira conce-

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16 (caderno separado). São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 59.

⁴⁹ Este posicionamento foi retratado pela autoridade fiscal, nos argumentos expostos num processo, julgado em 12 de abril de 2002, no qual se discutia a data de incidência de IOF em ano no qual havia se observado um aumento repentino de alíquotas. Vide Acórdão n. 201-76.042, da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes.

⁵⁰ Este é o único exemplo dado por Bernardo Ribeiro de Moraes na explicação do fato gerador do IOF-crédito. Cf. MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Sistema tributário na Constituição de 1969: curso de direito tributário*. São Paulo: RT, 1979. v. I, p. 320.

⁵¹ A simples abertura de crédito é suficiente para determinar o nascimento da obrigação tributária. FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Resenha Tributária – MEC, 1975. v. II, item 271.1, p. 171.

⁵² SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. 3. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Trevisan, item 8.2.

dente do crédito. Também se pode verificar situações em que a abertura do crédito se carturaliza num título de crédito, hipótese em que a abertura de crédito pode prever o desembolso em favor do próprio creditado ou de terceiro por ele designado⁵³.

Assim, a colocação de recursos à disposição do interessado, de que fala o CTN, pressupõe mesmo um ato de desembolso de recursos do mutuante/credor ao mutuário/devedor.

Sendo os fatos geradores do IOF-crédito identificados nos atos de entrega ou desembolso de recursos (colocação à disposição), a sua base de cálculo deveria sempre retratar o valor da operação de crédito nos momentos temporais da sua entrega ou colocação à disposição. Se o fato gerador consiste num ato instantâneo, verificável numa data determinada, não faz sentido que a base de cálculo do IOF-crédito seja determinada em bases mensais, como no caso do método do somatório dos saldos devedores diários.

Esta cobrança em momentos posteriores à realização da operação de crédito parece ser também um resquício do imposto do selo. Com efeito, para os contratos que estipulavam juros e comissões a prazo indeterminado, o selo era pago inicialmente, na celebração do contrato, e depois incidia periodicamente, em bases semestrais, ou quando fosse liquidado o contrato⁵⁴. Porém, para o que interessa à aplicação da legislação pertinente ao IOF, não se pode conceber que a base de cálculo seja estipulada em bases periódicas, gerando pagamentos de imposto em momentos posteriores à ocorrência do fato gerador.

3.1.3. Lei n. 9.779/1999: a concessão do crédito

A incidência de IOF em operações de crédito praticadas entre pessoas não financeiras apresenta algumas particularidades, tendo em vista que a lei que criou esta nova modalidade de incidência definiu de modo diferenciado o fato gerador e o modo de incidência. Além disso, os esclarecimentos dados pela Receita Federal naquela época são testemunho de que a apuração mensal dos saldos devedores não configura fato gerador do IOF.

Com efeito, conforme a definição dada pela Lei n. 9.779/1999, o fato gerador do IOF-crédito em operações praticadas por pessoas não financeiras é a concessão do crédito⁵⁵. Assim como no caso da entrega dos recursos ou sua colocação à disposição, o fato gerador descrito como a “concessão do crédito” também remete a um fato instantâneo e não periódico.

Coerente com esta instantaneidade do fato gerador, a Lei n. 9.779/1999 não cogitou de incidências mensais recorrentes, determinando que o IOF-crédito

⁵³ SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. 3. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Trevisan, item 8.2.

⁵⁴ Vide art. 48 da Lei do Selo (Decreto-lei n. 4.655/1942).

⁵⁵ Cf. art. 13 da Lei n. 9.779/1999.

deve neste caso ser recolhido até o terceiro dia útil da semana subsequente à da ocorrência do fato gerador.

Em vista das dúvidas sobre este tema, a Receita Federal esclareceu em diversas ocasiões que o IOF-crédito sobre operações de pessoas não financeiras somente captura operações novas. Dois dias após a publicação da Lei n. 9.779/1999, o AD SRF n. 7/1999 deixou claro que o IOF-crédito só incide sobre recursos entregues ou colocados à disposição do mutuário a partir de 1º de janeiro de 1999⁵⁶.

Se fosse fácil afirmar que a apuração mensal por saldos devedores retrata fielmente o fato gerador do IOF-crédito, não haveria problema em se fazer este novo IOF incidir sobre operações em andamento. Todavia, não foi isso que ocorreu e a Receita Federal acertadamente esclareceu que no caso de crédito rotativo o saldo devedor existente em 31 de dezembro de 1998 não deveria ser computado na base de cálculo do imposto devido a partir de janeiro, uma vez que os recursos foram entregues antes da vigência da Lei n. 9.779, de 1999⁵⁷.

As incoerências e inadequação de uma apuração mensal para um fato gerador instantâneo também foram explicitadas publicamente pela equipe de fiscalização de Curitiba em pedido de Consulta Interna, que resultou na Solução de Consulta Interna Cosit n. 1/2016. Todavia, a resposta, desta vez, consistiu apenas numa conveniente exposição da metodologia do somatório dos saldos devedores diários enquanto base de cálculo, sem apresentar uma devida explicação para a sua justificativa legal em vista do fato gerador do IOF-crédito⁵⁸.

3.2. A base de cálculo em operações de crédito rotativo

Nunca é demais lembrar que a estipulação da base de cálculo deve ser feita de modo alinhado com o aspecto material da hipótese de incidência. A materialidade do tributo traz ínsito um substrato valorativo, de modo que a base que não guarda correspondência com a materialidade implicará a edição de tributo de natureza diversa⁵⁹.

É imprescindível que a base de cálculo se adéque com o pressuposto material da incidência. Quando tal não acontece, corre-se o risco de descaracterizar o tributo mediante uma inversão da ordem natural das coisas, da qual decorre o risco de adoção do pressuposto material de outro tributo⁶⁰.

⁵⁶ Cf. item 1, inciso I, do AD SRF n. 1/1999.

⁵⁷ Cf. item 13 da Solução de Divergência n. 31/2008. Esta consulta não está atualmente publicada, mas seu texto foi reproduzido e pode ser consultado na SC n. 11/2013 da 1ª Região Fiscal.

⁵⁸ Vide SCI Cosit n. 1/2016.

⁵⁹ MELO, José Eduardo Soares de. Base de cálculo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Base de cálculo, Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 7. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1982, p. 186-187.

⁶⁰ CANTO, Gilberto de Ulhôa *et all.* Base de cálculo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Base de cálculo, Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 7. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1982, p. 289-290.

Em razão da obediência ao princípio da legalidade, a base de cálculo do IOF deve ser definida, isto é, delimitada precisamente em lei ordinária e esta deve obedecer aos parâmetros fixados em lei complementar. Nesse particular, é importante destacar que a autorização constitucional conferida para que o Poder Executivo modifique a incidência do IOF mediante Decreto deve se restringir à alteração das alíquotas.

É justamente este o comando previsto no art. 153, § 1º, da atual Constituição Federal, segundo o qual se confere ao Poder Executivo o poder discricionário para alterar as alíquotas dos impostos de importação, exportação, IPI e IOF. Esta delegação normativa obviamente não pode ser extrapolada para permitir que o Poder Executivo modifique a base de cálculo do IOF. A base de cálculo do IOF deve atender à dupla exigência de legalidade, ela deve constar de lei ordinária instituidora da incidência e esta, por sua vez, deve atender aos limites definitórios previstos em lei complementar.

E a determinação da base de cálculo do IOF também não pode descuidar do princípio da vedação ao confisco. Particularmente no caso de operações de crédito, seria pensar que alguém pudesse emprestar recursos para receber menos do que o valor principal. Assim, embora a base de cálculo seja o valor da operação, não pode tal incidência ultrapassar o acréscimo financeiro gerado na operação⁶¹. Esta preocupação com o confisco se torna particularmente importante nos casos de tributação dos contratos de conta corrente pelo IOF. Isso porque geralmente tais contratos não envolvem, como se viu acima, a estipulação de juros. Dessa forma, qualquer cobrança de IOF em contratos de conta corrente atenta contra o princípio da vedação ao confisco.

Nesse contexto, cumpre examinar, considerando-se limites da proposta de escopo do presente artigo, os detalhes da base de cálculo do IOF-crédito em operações de crédito rotativo a fim de avaliar qual tipo de base de cálculo foi prevista no CTN e confrontá-la com as estipulações constantes em outras leis pertinentes ao IOF. Em última instância, a principal questão gira em torno das operações de crédito com valor indeterminado e a validade do método de somatório dos saldos devedores diários.

3.2.1. CTN: o montante da obrigação e o problema de valores indeterminados

Ao exercer o papel de instrumento legal definidor de normas gerais em matéria tributária, especialmente no que concerne aos fatos geradores e bases de cálculo dos impostos, o CTN lançou mão de conceitos genéricos. Com relação ao IOF, a base de cálculo foi definida como “o montante da obrigação, compreendendo principal e juros”⁶².

⁶¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O I.O.F. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991, p. 65.

⁶² Cf. art. 64, inciso I, do CTN.

Tendo em vista que os aspectos material e temporal do fato gerador do IOF-crédito referem-se aos atos instantâneos de entrega ou colocação de recursos à disposição do interessado, a base de cálculo deve ser o montante da operação de crédito nesta data. Desta forma, a estipulação de uma base de cálculo e uma mecânica de apuração que envolve apurações mensais está totalmente em desacordo com o fato gerador do IOF-crédito previsto no CTN.

Ao se tributar a operação de crédito em bases mensais, o que se obtém é uma tributação sobre a posse do crédito e não sobre a concessão do crédito. Tributar as operações de crédito em bases mensais é uma medida que também rememora a espúria incidência de IOF sobre a mera posse de ativos financeiros, instituída pela Lei n. 8.033 em 1990⁶³. Convém, portanto, lembrar e enfatizar que a incidência do IOF recai sobre “operações” e estas constituem atos específicos, que se traduzem em manifestações de vontade que se operam de modo dinâmico, produzindo efeitos na realidade. O IOF não pode jamais alcançar um fenômeno estático, que não se traduz em efeitos novos no mundo jurídico⁶⁴.

É possível compreender a dificuldade que se apresenta para a apuração do IOF-crédito em situações que envolvem montantes indeterminados, como é o caso das operações de crédito rotativo em que tanto o valor quanto o prazo podem ser incertos. A tributação recai sobre o montante da operação, mas há uma nítida dificuldade de valoração das operações de crédito cujo montante é tipicamente indeterminado e pode depender de eventos futuros.

Esta indeterminação do valor poderia ser enquadrada como uma condição suspensiva do negócio que, por ser futura e incerta, impede que o montante da obrigação seja conhecido no momento da concessão do crédito. Assumindo-se, para fins do art. 116 do CTN, que o IOF incide sobre situações jurídicas – hipótese esta que pode ser considerada controversa⁶⁵ – haveria nesses casos uma situação de fato gerador “pendente”, que somente poderia ser considerado concluído com a implementação final da condição correspondente. Se fosse este o caso da incidência do IOF-crédito, não se poderia cobrar nenhum montante de imposto antecipadamente em operação de crédito rotativo. Apenas seria possível a cobrança no momento da implementação da condição suspensiva, o que provavelmente coincide com a liquidação final das operações de crédito rotativo.

Por outro lado, caso se enxergue o IOF-crédito como imposto que recai sobre situações de fato, a apuração da sua base de cálculo deve se circunscrever ao

⁶³ Esta incidência tomava como base o total de ações e depósitos em cadernetas de poupança detidos pelo contribuinte em determinadas datas. Vide art. 2º, IV e V, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.033/1990.

⁶⁴ XAVIER, Alberto. IOF: inconstitucionalidade das novas incidências do IOF em geral e sobre o ouro em especial. *Revista de Direito Tributário* ano 14, v. 52. São Paulo: RT, 1990, p. 99.

⁶⁵ Como comentado acima, na nota 43 e texto que a introduz, o IOF surgiu como um imposto descendente do imposto do selo e sua estruturação no CTN buscou romper com uma abordagem documental para uma abordagem material, na qual se busca a comprovação da ocorrência de fatos e não propriamente de situações jurídicas.

momento temporal de ocorrência do fato gerador, pois é neste momento que se verificam as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios⁶⁶. Dessa forma, a avaliação do montante da obrigação deve ocorrer na data do fato gerador e não se pode admitir que a legislação crie mecanismos de avaliação *ex post*.

Este é um tema bastante similar à dificuldade que se enfrenta hoje em dia para a concepção de uma solução legal na legislação de preços de transferência para a tributação de transações envolvendo vendas de intangíveis de difícil valoração. A legislação tributária deve conviver com a precariedade da avaliação feita no momento da transferência dos intangíveis (e, no caso do IOF-crédito, do montante que constitui o objeto da obrigação) e não há espaço para revisões posteriores deste valor⁶⁷.

3.2.2. Lei n. 5.143/1966: valor global dos saldos das operações

Embora a definição do fato gerador do IOF-crédito na Lei n. 5.143/1966 esteja alinhada com o CTN, o mesmo não pode ser dito em relação à base de cálculo porque esta lei claramente estipulou uma incidência mensal para um fato gerador que se implementa num único instante temporal.

A despeito da incoerência de se ter uma mecânica de apuração periódica para um fato gerador instantâneo, nota-se também que a base de cálculo do IOF não foi precisamente definida na Lei n. 5.143/1966. Esta lei diz que a incidência mensal recai sobre o “valor global dos saldos das operações de [crédito], apuradas mensalmente”.

Convém questionar se estaria nesta lei a origem e fundamentação cabível em lei complementar para a cobrança de IOF-crédito mediante o somatório dos saldos devedores diários. Pergunta-se então se o valor global dos saldos equivale ao somatório dos saldos devedores diários.

Esta expressão “valor global dos saldos” pode ser interpretada de variadas formas e foram mesmo diversas as interpretações dadas pela legislação ao longo dos tempos. Logo nos primeiros anos de cobrança do IOF, falava-se mesmo de uma cobrança sobre o “valor global dos saldos”⁶⁸, o qual consistia num valor apurado mensalmente nos balancetes e balanços das instituições financeiras concedentes dos créditos⁶⁹.

Neste contexto, a referência a um valor “global dos saldos das operações” nitidamente diz respeito a um conjunto de saldos de operações de empréstimo

⁶⁶ Cf. art. 116, inciso I, do CTN.

⁶⁷ Vide interessantes propostas feitas por Antônio Augusto para a tributação postergada de intangíveis exportados (DIAS JÚNIOR, Antônio Augusto Souza. Preços de transferência de intangíveis: diretrizes da OCDE e sua compatibilidade com o direito tributário brasileiro. *Série Tributação Aplicada* 1. São Paulo: IBDT, 2021, p. 176-183).

⁶⁸ Vide item II-a da Res. BCB n. 40/1966.

⁶⁹ Vide item IV-1-b da Circular BCB n. 63/1966.

apurado num instante temporal específico e não a uma somatória de saldos devedores diários de uma única operação de empréstimo. Não se pode, portanto, vislumbrar na Lei n. 5.143/1966 o embasamento legal para a base legal consistente na somatória de saldos devedores diários. A base do IOF tomava como referência os saldos finais, tal como apareciam nos balanços e balancetes das instituições financeiras⁷⁰.

Ao longo do tempo, novas interpretações foram sendo dadas ao que seria o “valor global dos saldos”. Na Resolução Bacen n. 610/1980, esta expressão foi interpretada no sentido de “média global dos saldos devedores”⁷¹, o que foi esclarecido como correspondente à “média diária dos saldos devedores, apurada no último dia de cada mês”⁷², ou ainda “média mensal dos saldos devedores diários, apurada no último dia de cada mês”⁷³.

Esta metodologia de cálculo pela média mensal se repetiu em atos normativos reguladores até 1983⁷⁴, quando foi publicada a Resolução CMN n. 816/1983, que inovou e introduziu o chamado método hamburguês⁷⁵, que consiste em calcular o “somatório dos saldos devedores diários”⁷⁶.

Como se observa, a introdução desta nova base de cálculo, que envolve realizar o “somatório dos saldos devedores diários”, claramente surgiu por meio de ato infralegal. Com efeito, não houve nenhuma mudança em nível de lei complementar ou ordinária relativa ao IOF em 1983 que pudesse justificar a introdução desta metodologia de cálculo.

Neste caso, porém, não se verifica mais apenas uma questão de interpretação da expressão “valor global dos saldos das operações”, mas sim de deliberada inovação jurídica. A Resolução CMN n. 816/1983 valeu-se expressamente da autorização dada pelo art. 10 da Lei n. 5.143/1966 para “desdobrar as hipóteses de incidência” e “alterar as bases de cálculo do imposto”, introduzindo uma nova forma de cálculo consistente no somatório dos saldos devedores diários.

O método de apuração do IOF-crédito em operações de crédito rotativo, mediante o somatório dos saldos devedores diários, foi introduzido por ato in-

⁷⁰ Vide item VII-1-b da Circular BCB n. 63/1966.

⁷¹ Vide item II-b da Res. BCB n. 610/1980.

⁷² Vide item IV-a da Circular BCB n. 523/1980.

⁷³ Vide item 1-a-I do *Manual de Normas e Instruções* (MNI) 4-4-4, baixado pela Resolução BCB n. 619/1980.

⁷⁴ Vide Cartas-Circulares n. 788/1982 e n. 825/1982, com alterações à Seção pertinente (4-4-4) do *Manual de Normas e Instruções* (MNI), repetindo a fórmula de “média mensal dos saldos devedores diários” no item 1-a-I.

⁷⁵ Este método já vinha sendo praticado no mercado financeiro da época em operações envolvendo crédito rural. Para referência expressa à introdução deste método, vide, por exemplo, o item 10 da Circular n. 681/1982.

⁷⁶ Vide item 1-a-I do *Manual de Normas e Instruções* (MNI) 4-4-4, conforme nova redação dada pela Resolução BCB n. 816/1983.

fralegal em 1983, que assumiu como vigente na época a competência prevista no art. 65 do CTN (e também retratada no art. 10 da Lei n. 5.143/1966). Todavia, sabe-se que desde a Constituição de 1969, tal competência já não mais fazia sentido. Esta delegação de poderes ao Poder Executivo para alterar as bases de cálculo e desdobrar as hipóteses de incidência já não mais valia porque os referidos dispositivos permitem algo que a Constituição de 1969 e a atual proíbem⁷⁷.

Depois deste momento, os Regulamentos do IOF continuaram a repetir a fórmula do somatório dos saldos devedores diários sem que houvesse embasamento legal para esta mecânica de cálculo. Uma atrocidade legal foi cometida em 1983 e ela se perpetuou até os tempos atuais, pois a cobrança do IOF-crédito em bases mensais carece de sustentação em lei ordinária e conflita com o fato gerador instantâneo previsto no CTN.

A Lei n. 5.143/1966 poderia ser vista como lei complementar que prevê a incidência mensal do IOF-crédito, mas esta interpretação demandaria um esforço grande, que consistiria em dela extrair apenas as palavras “saldos” e “mensais” para buscar uma sustentação para a apuração baseada na somatória dos saldos devedores diários e, ainda assim, demandaria esquecer-se de todo o histórico e da visível origem deslegalizada desta metodologia de apuração.

O método de apuração baseado em saldos devedores diários surgiu em virtude de delegação normativa prevista na Lei n. 5.143/1966 que, sem seu art. 10, permitiu ao Poder Executivo “desdobrar as hipóteses de incidência” e “alterar as bases de cálculo do imposto”. A fundamentação desta metodologia de apuração não está vinculada com a base de cálculo prevista no art. 2º, inciso I desta mesma Lei (“valor global dos saldos das operações”).

3.2.3. Lei n. 8.894/1994: alíquota diária sobre o valor das operações

Uma última possibilidade de sustentação para o método hamburguês, de apuração do IOF-crédito por meio do somatório dos saldos devedores diários, pode ser procurada na Lei n. 8.894/1994. Entretanto, mesmo que se consiga encontrar tal formulação nesta lei, haverá ainda um obstáculo insuperável pelo fato de não ser esta uma lei complementar⁷⁸. Se não há autorização no CTN para a instituição de uma base de cálculo mensal, falta sustentação em lei complementar para tal medida.

Para o que importa ao tema em discussão, a Lei n. 8.894/1994 não menciona expressamente o método de “somatório dos saldos devedores diários” e tampouco estipula uma incidência mensal. A base de cálculo foi definida com referência ao

⁷⁷ MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Sistema tributário na Constituição de 1969*: curso de direito tributário. São Paulo: RT, 1979. v. I, p. 322-323.

⁷⁸ Tendo sido editada após a Constituição Federal de 1988, uma lei que defina nova base de cálculo para o IOF deverá necessariamente ser aprovada com quórum de lei complementar.

“valor das operações” e a alíquota foi definida em bases diárias (com alíquota máxima de 1,5% ao dia)⁷⁹.

Para se justificar a presença do método hamburguês nesta lei seria necessário fazer-se uma leitura conjunta com a Lei n. 5.143/1966, preservando-se a apuração mensal aí prevista e combinando-a com as inovações da Lei n. 8.894/1994⁸⁰. Outra perspectiva possível é que o método hamburguês pode ser considerado como intrínseco à utilização de uma alíquota diária. Desse modo, seria possível afirmar que a base legal para esta metodologia de cálculo se encontra no art. 1º da Lei n. 8.894/1994, pois ao estipular uma apuração baseada em alíquotas diárias esta lei teria permitido a utilização do somatório de saldos devedores diários para a cobrança do IOF-crédito.

Persistem, porém, os problemas centrais discutidos nos tópicos anteriores, a saber, o método dos saldos devedores diários e a própria apuração mensal são ilegais por contrariarem o CTN e carregam uma contradição inerente à utilização de metodologia de cálculo prolatada no tempo para endereçar situações de fato gerador instantâneo.

4. Situações práticas de incongruências da apuração por saldos devedores diários

O problema discutido nos tópicos anteriores, de descasamento entre o fato gerador e a base de cálculo do IOF-crédito em operações de crédito rotativo, apresenta muitos desdobramentos importantes em outras questões de apuração e cobrança do IOF. Comentam-se neste último tópico do presente as duas principais questões, que dizem respeito aos impactos na determinação da decadência e da aplicação de mudanças de alíquotas.

4.1. Decadência do IOF em operações de crédito rotativo

A visão de que o fato gerador consiste na liberação do crédito original também permite que se constate a ocorrência de decadência do IOF em casos de relações prolongadas de crédito rotativo. Com efeito, numa situação, por exemplo, de empréstimo sem definição do valor do principal que apresente determinadas movimentações no ano 1 e depois entre num longo período sem entregas de novos valores, pode ocorrer a decadência tendo em vista que o fato gerador é a concessão do crédito e não a apuração mensal.

⁷⁹ Cf. arts. 1º e 2º, inciso I, da Lei n. 8.894/1994.

⁸⁰ Analisando outro tema de IOF-crédito, Luís Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino concluíram que a Lei n. 8.894/1994 não revogou a Lei n. 5.143/1966 e tampouco o Decreto-lei n. 1.783/1980. Ela terá partido do aspecto material anterior para definir novas alíquotas (SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF-crédito sobre as cessões de crédito: desconto de títulos, *factoring* e solução de divergência Cosit nº 9/2016. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 16, v. 93. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 28).

Este tema já foi levantado em discussões de IOF enfrentadas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e gerou algumas decisões relevantes. O caso paradigmático mais importante dos tempos atuais resultou na prolação do Acórdão n. 9303-008.712/2019, cujo desfecho foi favorável ao Fisco com decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Defende-se neste acórdão uma interpretação diferenciada para o fenômeno da “colocação à disposição do interessado”. Em vez de identificá-lo com um ato instantâneo de transmissão de recursos ao mutuário, o relator (Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos) visualiza a colocação à disposição como um ato continuado.

Assim, na visão do relator, a simples existência de saldo devedor numa relação de conta corrente (que é a situação examinada no caso) configura a colocação deste saldo à disposição do interessado. Esta visão se mostra bastante clara no trecho destacado abaixo:

“A tributação se faz sobre as disponibilidades financeiras havida na conta, pelo critério do art. 7º (base de cálculo) e a incidência é em cada data em que estão colocadas à disposição do interessado os valores objetos da obrigação. [...]”

Para a situação em apreço, é a disponibilidade do valor na conta naquele dia 01/XX que permite a incidência do IOF, independentemente da sua origem e existência ou não de prévia tributação.”⁸¹

Entretanto, este caso retrata novamente o fenômeno descrito acima, de desprezo pela constatação do fato gerador do IOF e enaltecimento da sua base de cálculo. Ao contrário do que sustenta o Ilustre Conselheiro, a tributação não se perfaz pela base de cálculo, cabendo, antes, avaliar se ocorreu efetivamente fato gerador dentro do interregno decadencial para, só então, perquirir qual seria a base de cálculo pertinente.

Conforme comentado anteriormente, não há previsão legal que autorize uma tal cobrança de IOF sobre saldos devedores diários e o fato gerador continua a ser única e exclusivamente a transmissão original de recursos do mutuário ao mutuante. Se a relação de crédito perdura por mais de 5 anos a contar desta data de transmissão original dos recursos, terá inevitavelmente ocorrido a decadência.

4.2. Impactos associados às mudanças de alíquotas do IOF-crédito

A controvérsia abordada neste estudo, de descasamento entre fato gerador e base de cálculo do IOF-crédito em operações de crédito rotativo, também surge toda vez que acontecem modificações de alíquotas do IOF. Essas situações fornecem um excelente laboratório para teste das discussões aqui retratadas. Nos pró-

⁸¹ Acórdão n. 9303-008.712, de 12 de junho de 2019, do Primeiro Conselho de Contribuintes, 5.12.2002, p. 9.

ximos subtópicos serão abordados os casos mais recentes de mudanças de alíquotas do IOF-crédito.

4.2.1. *Imposto adicional de 0,38% criado em 2008*

No final de 2007, em reação à extinção da cobrança da CPMF, o Poder Executivo criou uma incidência adicional de IOF com exatamente a mesma alíquota utilizada pela CPMF: 0,38%. Coerente com a noção de que o fato gerador é a concessão do crédito e não há fundamentos para se falar em fato gerador mensal, esta nova incidência foi desenhada para capturar apenas as novas operações de crédito (em vez de simplesmente capturar todos as apurações mensais de relações de crédito em andamento).

Assim, no caso de operações de crédito rotativo, a incidência do adicional de 0,38% alcança os “acréscimos” de crédito, ou seja, apenas novos recursos que sejam entregues ou colocados à disposição a partir da publicação do Decreto n. 6.339/2008. Nesse sentido, o cálculo mensal do IOF-crédito foi estipulado para alcançar o somatório dos acréscimos diários dos saldos devedores⁸².

Se fosse tranquilo afirmar que o fato gerador do IOF-crédito em operações de crédito rotativo consiste na continuidade mensal do saldo devedor, não seria necessário restringir a incidência do IOF adicional apenas às novas concessões de crédito e poder-se-ia fazê-lo incidir sobre situações em andamento. Ao adotar uma postura restritiva, o Decreto n. 6.339/2008 confirma a inaptidão da técnica de somatório dos saldos devedores diários para retratar um fato gerador de natureza instantânea.

4.2.2. *Alíquota zero para operações contratadas em 2020*

Logo no início de 2020, as alíquotas do IOF-crédito foram reduzidas a zero como parte de um pacote de reduções tributárias destinado a fornecer alívios à economia em virtude da pandemia causada pelo Covid-19. Todavia, a redação adotada nos §§ 20 e 20-A do art. 7º do Decreto n. 6.306/2007 causou dúvidas precisamente em razão das perplexidades que causa o fato de termos um fato gerador instantâneo e uma incidência mensal no IOF-crédito.

A alíquota zero deveria valer para as “operações contratadas” entre 3 de abril de 2020 e uma data final (que mudou várias vezes). Se é verdade que a “colocação de recursos à disposição” do tomador é um fato gerador que ocorre mensalmente, não haveria dificuldades para se sustentar que a alíquota zero alcançaria também as relações de crédito rotativo em andamento. Seriam relações contratuais de trato continuado, cujo fato gerador concessão do crédito se aperfeiçoa mensalmente. Todavia, esta não foi a visão que sustentou a Cosit em soluções de

⁸² Cf. art. 7º, § 16, do Decreto n. 6.306/2007, introduzido em 2008 pelo Decreto n. 6.339/2008.

consulta sobre o tema, pois se afirmava que a “contratação” da operação é o acordo inicial entre as partes, ainda que os recursos sejam liberados em outras datas⁸³.

Foi necessária, então, a edição de um item adicional específico para expressamente prever a aplicação da alíquota zero às operações de crédito rotativo⁸⁴. A linguagem utilizada para estender a alíquota zero a tais operações falou então de “saldos devedores apurados” no período pertinente.

4.2.3. Alíquota majorada para fatos geradores em 2021

Em movimento contrário àquele observado no início da pandemia provocada pelo Covid-19, o final de 2021 foi palco de um aumento momentâneo e temporário do IOF-crédito. O Decreto n. 10.797, publicado em 17 de setembro de 2021, introduziu novas e majoradas alíquotas de IOF previstas para valer no período entre 20 de setembro de 2021 e 31 de dezembro de 2021. Mais uma vez, a redação utilizada gerou dúvidas em virtude da polêmica tributação em bases mensais de fatos geradores já ocorridos.

As novas alíquotas certamente alcançam as operações de crédito rotativo, pois referido Decreto mencionou expressamente o inciso I do art. 7º do Regulamento do IOF, mas o escopo das operações alcançadas é controverso. Isso porque, as novas alíquotas se dirigem apenas aos “fatos geradores” que ocorrerem no período relevante.

Questiona-se assim qual é o fato gerador das operações de crédito rotativo: se seria a entrega/liberação original dos recursos, ou se seria a apuração mensal dos saldos devedores diários.

Conforme exposto anteriormente, o fato gerador do IOF consiste no ato original de entrega/liberação dos recursos e não se confunde, portanto, com a apuração mensal. A entrega dos recursos é o fato gerador e, sendo a apuração dependente do tempo do contrato, a legislação do IOF criou um controverso e questionável mecanismo de apuração *ex post* postergada no tempo.

Considerando-se que o Decreto n. 10.797/2021 apenas prevê a aplicação das alíquotas majoradas a fatos geradores novos, que ocorram entre 20 de setembro de 2021 e 31 de dezembro de 2021, sua incidência deve alcançar apenas os acréscimos de crédito às relações de crédito rotativo em andamento.

4.2.4. Limitação da alíquota do IOF-crédito em razão de inadimplência

Uma importante correção legislativa foi promovida em 2011 e adequadamente aproximou a metodologia de cálculo do IOF-crédito em operações de crédito rotativo àquela utilizada nas operações de crédito com valor predefinido, tornando limitada a incidência do IOF-crédito ao período de 365 dias⁸⁵.

⁸³ Vide, por exemplo, a SC Cosit n. 104/2021.

⁸⁴ Cf. inciso III do § 21 do art. 7º do Regulamento do IOF.

⁸⁵ Vide explicações desta medida em: <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT235719-16357,00.html>. Acesso em: 20 mar. 2022.

No caso de operações de crédito com valor predefinido, há uma limitação para a cobrança do IOF-crédito de modo que a alíquota diária somente se aplica no primeiro ano. Assim, o IOF-crédito não excede o valor resultante da aplicação da alíquota diária sobre o principal multiplicada por 365 dias⁸⁶. Esta limitação também se aplica para operações com valor definido e prazo indeterminado⁸⁷.

Igual previsão não havia para operações de crédito rotativo e, dada a espúria apuração mensal baseada em saldos devedores diários, as operações prolongadas no tempo ficavam a sofrer continuada incidência do IOF-crédito, extrapolando em termos comparativos a carga tributária incidente sobre operações de crédito predefinido que perdurem por igual período.

Os §§ 18 e 19 do RIOF, introduzidos pelo Decreto n. 7.487/2011 vieram corrigir parcialmente esta distorção, limitando a incidência do IOF-crédito ao período de 1 ano nos casos em que constatada a inadimplência do devedor. Assim, nos casos, por exemplo, de operações de crédito rotativo que fiquem sem movimentação durante um certo período e suas circunstâncias permitam concluir que ocorreu inadimplência do devedor, a cobrança do IOF-crédito fica suspensa a partir da constatação da inadimplência⁸⁸ e seu recolhimento deve ocorrer apenas se e quando ocorrer a liquidação da operação ou qualquer novo acordo entre as partes⁸⁹.

Esta medida é bastante louvável e resulta na igualdade de critérios de apuração do IOF-crédito em operações de valor indeterminado com relação às operações de valor determinado. Mas uma correção plena da metodologia de cálculo do IOF-crédito é necessária para que se promova tal igualdade também nos casos em que não ocorra a inadimplência. A incidência do IOF-crédito deve se limitar ao período de 365 dias em todas as operações de crédito.

5. Conclusões

As operações de crédito rotativo são operações cujo valor não se pode conhecer plenamente no momento em que acontece a concessão original do crédito ou das parcelas que o compõem. As operações de empréstimo sem definição do valor de principal, assim como de adiantamento a depositante e excesso de limite, não permitem que se conheça antecipadamente o montante de crédito a ser concedido e tampouco o tempo de duração da relação.

Esta circunstância fática gera os problemas aqui comentados, pois o fato gerador do IOF-crédito, tal como previsto no CTN, coincide com o instante temporal da entrega dos recursos e não convive com uma base de cálculo apurada em

⁸⁶ Cf. art. 7º, § 1º, do RIOF.

⁸⁷ Cf. art. 7º, § 14, do RIOF.

⁸⁸ Cf. § 18 do art. 7º do RIOF.

⁸⁹ Cf. § 19 do art. 7º do RIOF.

bases mensais. Sendo o IOF-crédito apurado em função das métricas de valor e prazo, tais operações de crédito rotativo representam um enorme desafio para que a cobrança do imposto aconteça no instante temporal da entrega do crédito.

O IOF tem um passado muito dependente de regulamentação infralegal, de modo que grande parte dos aspectos da sua incidência carecem de devido embasamento legal. No IOF-crédito não é diferente. Além dessas dificuldades inerentes ao cálculo, a metodologia de apuração consistente no somatório dos saldos devedores diários carece de base legal. A previsão da base de cálculo consistente no somatório dos saldos devedores diários surgiu por meio da Resolução CMN n. 816/1983 e esta valeu-se expressamente de uma delegação normativa dada pelo art. 10 da Lei n. 5.143/1966 para “desdobrar as hipóteses de incidência” e “alterar as bases de cálculo do imposto”. Desde então, nenhuma lei previu expressamente esta metodologia e o IOF-crédito seguiu sendo cobrado com essas imprecisões e lacunas legais.

As características de incerteza em operações de crédito rotativo poderiam ser vistas como uma condição suspensiva do negócio que, sendo futura e incerta, impede que o montante da obrigação seja conhecido no momento da concessão do crédito. Assumindo-se, para fins do art. 116 do CTN, que o IOF incide sobre situações jurídicas, haveria nesses casos uma situação de fato gerador “pendente”, que somente poderia ser considerado concluído com a implementação final da condição correspondente. Se fosse este o caso da incidência do IOF-crédito, não se poderia cobrar nenhum montante de imposto antecipadamente em operação de crédito rotativo. Apenas seria possível a cobrança no momento da implementação da condição suspensiva, o que provavelmente coincide com a liquidação final das operações de crédito rotativo.

Por outro lado, caso se enxergue o IOF-crédito como imposto que recai sobre situações de fato, a apuração da sua base de cálculo deve se circunscrever ao momento temporal de ocorrência do fato gerador, pois é neste momento que se verificam as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios. Dessa forma, a avaliação do montante da obrigação deve ocorrer na data do fato gerador e não se pode admitir que a legislação crie mecanismos de avaliação *ex post*.

A base de cálculo baseada no somatório dos saldos devedores diários atenta contra a dupla exigência de legalidade, pois não há autorização no CTN para a instituição de uma base de cálculo mensal e tampouco se encontra sustentação para esta metodologia em lei ordinária instituidora da incidência do IOF-crédito.

Bibliografia

AMARAL, Antonio Carlos R. do; MENEZES, Paulo L. de. O Imposto sobre Operações Financeiras – IOF. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991.

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BARRETO, Aires F. *ISS, IOF e instituições financeiras*. São Paulo: Noeses, 2016.
- CANTO, Gilberto de Ulhôa *et alli*. Base de cálculo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Base de cálculo, Caderno de Pesquisas Tributárias v. 7*. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1982.
- CANTO, Gilberto de Ulhôa; MIRANDA FILHO, Aloysio Meirelles de. O I.O.F. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias v. 16*. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991.
- CARMO, Paulo Vicente Gomes. *Manual do I.O.F.* 2. ed. São Paulo: Frase Editora, 1998.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- DIAS JÚNIOR, Antônio Augusto Souza. Preços de transferência de intangíveis: diretrizes da OCDE e sua compatibilidade com o direito tributário brasileiro. *Série Tributação Aplicada 1*. São Paulo: IBDT, 2021.
- FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Resenha Tributária – MEC, 1975. v. II.
- LUCCA, César de. O IOF-crédito sobre movimentações financeiros intra-grupo. In: BRAGA, Régis Fernando de Ribeiro. *Estudos aplicados de direito empresarial: tributário*. São Paulo: Almedina, 2019.
- MACHADO, Hugo de Brito. O I.O.F. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias v. 16*. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- MELO, José Eduardo Soares de. Base de cálculo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Base de cálculo, Caderno de Pesquisas Tributárias v. 7*. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1982.
- MELO, José Eduardo Soares de. I.O.F. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias v. 16*. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Sistema tributário na Constituição de 1969: curso de direito tributário*. São Paulo: RT, 1979. v. I.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Imposto sobre operações de crédito – fato gerador – distinção em relação ao antigo imposto do selo – cancelamento de operações potencialmente tributáveis. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias v. 16* (caderno separado). São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991.

- RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. IOF: Imposto sobre Operações Financeiras. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991.
- SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro, títulos e valores mobiliários (artigos 63 a 67 do C.T.N.). *Direito tributário* 4. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. 3. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Trevisan.
- SANTOS, Cláudio. O imposto sobre operações financeiras. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *I.O.F., Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 16. São Paulo: CET-Resenha Tributária, 1991.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. IOF-crédito sobre as cessões de crédito: desconto de títulos, *factoring* e solução de divergência Cosit nº 9/2016. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 16, v. 93. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- XAVIER, Alberto. IOF: inconstitucionalidade das novas incidências do IOF em geral e sobre o ouro em especial. *Revista de Direito Tributário* ano 14, v. 52. São Paulo: RT, 1990.