



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 16327.000616/2001-27
Recurso nº 224.974 Voluntário
Acórdão nº 3301-00.534 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de maio de 2010
Matéria IOF
Recorrente SANTANDER BRASIL PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA
(SUCESSORA DE SANTANDER BRASIL FOMENTO COMERCIAL
LTDA)
Recorrida DRJ-1 EM SÃO PAULO - SP.

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

PERÍODO de apuração: 24/10/1997 a 17/04/1998

IOF. CRÉDITO. EMPRESA DE FACTORING. NÃO FINANCEIRA. NÃO-INCIDÊNCIA

O IOF não incidia nas operações realizadas por empresa não financeira que se dedicava a operações de factoring antes do advento da Lei nº 9.532, de 1997. As operações de crédito, correspondentes a financiamento de veículos, efetivadas entre pessoa jurídica não financeira e outra pessoa jurídica ou pessoa física, antes de 1º de janeiro de 1998, não estavam sujeitas à incidência do IOF. Recurso parcialmente provido.

Recurso Voluntário Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso. Vencido o Conselheiro José Adão Vitorino de Moraes que negou provimento. Votaram pelas conclusões Mauricio Taveira e Silva e Rodrigo Costa Possas.

Rodrigo da Costa Possas - Presidente

Maria Teresa Martinez Lopez - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Maurício Taveira e Silva, Rodrigo Pereira de Mello (Suplente), Maria Teresa Martínez López (Relatora) e Rodrigo da Costa Possas (Presidente).

Relatório

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF, no período de apuração de 24/10/1997 a 17/04/1998. Entendeu a fiscalização de que teria a empresa, atuado como instituição financeira, ao “financiar a venda de veículos para pessoas físicas”, através de operações intituladas de “aquisição de direitos creditórios”.

Consta do relatório elaborado pela autoridade julgadora de primeira instância o que a seguir reproduzo:

RELATÓRIO

Trata-se de impugnação ao Auto de Infração de fls 06/08, lavrado em 29 de março de 2001, contra o contribuinte em epígrafe, pela Deinf/SPO, referente ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários - IOF, do período de 24/10/1997 a 17/04/1998, com o enquadramento legal constante no Termo de Verificação Fiscal - TVF de fls 15/33, no seguinte montante

IOF

IMPOSTO ()

JUROS DE MORA ()

MULTA PROPORCIONAL (..)

TOTAL..... ()

2 O Auto de Infração foi lavrado, conforme o TVF, por entender a fiscalização que o contribuinte atuou como instituição financeira, ao financiar a venda de veículos para pessoas físicas, através de operações intituladas de “aquisição de direitos creditórios”, mas que se caracterizaram como sendo de Crédito Direto ao Consumidor - CDC, atividade própria de instituição financeira, sem a retenção e recolhimento do IOF-Crédito com as alíquotas adequadas a este tipo de operação



3 Abaixo é transcrito excerto do TFV (fls 17/18) para melhor compreensão da operação em apreço

“A operação se iniciava com o preenchimento de uma “Proposta para Aquisição de Veículos”, assinada pelo “PROPONENTE/FINANCIADO” (comprador), em formulário próprio, com timbre do BANCO NOROESTE S.A., para que fosse analisado pelo departamento de crédito do Banco Noroeste S.A.

Uma vez aprovada a proposta, a venda se efetivava com assinatura de um “Contrato de Compra e Venda de Veículo Confissão de Dívida e Garantia Fidejussória”, que apresentava as seguintes partes

Credor: Loja que vende o veículo

Devedor: Pessoa Física adquirente do veículo

Fiador: Banco Noroeste S.A.

Pelo contrato, o DEVEDOR se confessa responsável por uma dívida perante o CRÉDOR, pagável em parcelas mensais e sucessivas nos valores e prazos indicados e o Banco Noroeste S.A. constitui-se FIADOR e principal pagador de todas as obrigações assumidas pelo devedor junto ao credor, no caso de inadimplência

Pelos serviços de fiança contratados o DEVEDOR dava em garantia ao FIADOR o veículo adquirido, em alienação fiduciária, além comprometer-se ao pagamento de uma “comissão mensal de fiança”, conforme definida em contrato ”

4. Aduz o autuante tratar-se de uma legítima operação de Crédito Direto ao Consumidor, engendrada para ser caracterizada como operação de aquisição de créditos, configurando um financiamento mais vantajoso, sem o recolhimento do IOF no período anterior à edição da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e com o recolhimento do IOF com a alíquota prevista para operações entre pessoas jurídicas, depois desta data, afirmando às fls 20 que:

“Da forma como foi desenvolvida, quer o contribuinte fazer crer que a operação de financiamento processou-se através de duas operações distintas, com dois contratos distintos, (contrato de compra e venda de veículo, confissão de dívida e garantia fidejussória e, posteriormente, contrato de cessão de crédito) entretanto, o valor apresentado no “primeiro” contrato, de Compra e Venda de Veículo, Confissão de Dívida e Garantia Fidejussória”, pela taxa de comissão de fiança utilizada, 112,81% a a, já incluía, embutido no valor das parcelas, o valor do IOF R\$ 35,44 (dados do contrato nº 07.019.664-83 .)

A desmascarar a montagem da operação, como explicar que no cálculo do valor de um contrato de prestação de fiança, já houvesse a previsão do valor exato de um IOF, calculado

aplicando-se a alíquota prevista para pessoa jurídica, que só iria incidir em uma operação "posterior" de cessão de crédito?

Até o ano de 97, enquanto não havia incidência do IOF sobre as operações de aquisição de crédito pelas empresas de factoring, esse absurdo material não se evidenciava, mas com a inclusão do IOF no valor do financiamento, fica absolutamente comprovada clara a simulação, pois o IOF jamais poderia existir no primeiro contrato

Observa-se através dos contratos analisados que o IOF é pago pelo adquirente do veículo, embutido nas parcelas do financiamento "

5. Esclarece o autuante que solicitou ao contribuinte todas as informações sobre os contratos celebrados durante o período sob fiscalização, necessárias para o cálculo do IOF em questão, em meio magnético. De posse dessas informações elaborou a planilha denominada "FICHA FINANCEIRA E CÁLCULO DO IOF", que reproduz a ficha financeira de cada um dos 13.184 contratos até o vencimento da última parcela, considerando o valor da dívida, a forma de pagamento pelo regime de amortização progressiva com prestação constante e calculou o IOF devido

6. Em razão do volume excessivo de páginas, que geraria a anexação aos autos da ficha financeira de todos os contratos celebrados no período, solicitou ao contribuinte uma amostra aleatória de alguns contratos, já que todos os outros seguiam os mesmos moldes. A planilha trazida à colação, a título de exemplificação, denominada "REPRODUÇÃO DA FICHA FINANCEIRA E CÁLCULO DO IOF" (fls. 219/249 e 252/269), corresponde aos 50 contratos selecionados na amostra

7. Na apuração do IOF devido, considerou todos os contratos celebrados no período e informados em meio magnético pelo contribuinte. Foi feita a totalização semanal do imposto (RESUMO DO IOF DEVIDO – SEMANAL - fls. 57/218), exigência essa, lançada no presente auto de infração

8. Irresignado o contribuinte apresentou a impugnação de fls 516/588, em 30 de abril de 2001, pedindo o cancelamento do Auto de Infração. Requereu, preliminarmente, o apensamento do Processo Administrativo Fiscal nº 16327.000617/2001-71 aos autos deste presente por entender que há conexão entre eles, visto que a fiscalização ao lançar o IOF incidente sobre as operações, que considerou como financiamento de veículos, recalculou e lançou, neste último processo, os demais tributos (IRPJ, PIS, COFINS) incidentes sobre a receita auferida com essas operações. No mérito, após desenvolver toda sua argumentação, apresentou as conclusões de fls 579/582, que são as seguintes:

a) seriam todas as operações realizadas pela IMPUGNANTE legítimas operações de fomento mercantil, portanto isentas da incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), tal como pugnada pela Autoridade Fiscal,



b) as operações não teriam nenhuma semelhança com aquelas próprias de instituição financeira,

c) o funding utilizado pelo impugnante seria proveniente de capital próprio, não tendo, portanto, em momento algum, atuado como intermediária financeira;

d) seriam absolutamente lícitos os repasses da comissão de fiança feitos ao Banco e seguiriam padrões contratualmente estabelecidos,

e) não haveria que se falar em imposição de exação relativa a estes repasses (IRPJ, PIS e COFINS);

f) a prova produzida nos autos seria absolutamente imprestável, quer pela incorreta apreciação dos documentos apresentados, quer pela estranha questão relativa aos depoimentos prestados nos autos, que será devidamente esclarecida ao longo da instrução processual,

g) os valores apontados pela fiscalização não poderiam ser considerados, em face da defeituosa conclusão da fiscalização, que utilizou planilhas em nome de terceiros cuja origem não se pode precisar;

h) a fiscalização teria o DEVER de juntar aos autos toda a documentação que lhe foi fornecida, essencial à defesa da IMPUGNANTE, sob pena de estar cerceando o seu constitucionalmente garantido direito de defesa,

i) a motivação da IMPUGNANTE na prática dessas operações seria sempre fornecer à clientela do GRUPO da qual fazia parte, produtos financeiros que atendessem sua necessidade e não para "fugir" à tributação, já que tais operações foram iniciadas no final do ano de 1994, quando as alíquotas do IOF eram desprezíveis financeiramente ou estavam fixadas em 0% (zero por cento),

j) nenhuma irregularidade sob o ponto de vista fiscal teria sido cometida pela IMPUGNANTE, daí porque inlevida a exação exigida neste e no processo conexo

9. Por fim solicitou a produção de provas oral, documental, e pericial para demonstrar o alegado, tendo arrolado os quesitos 1 a 15 e indicado perito, conforme consta às fls. 585/587.

10. Em 5 de novembro de 2001, os autos do presente processo foram baixados em diligência, conforme documento de fls. 630/634, pelo Presidente da 8ª Turma de Julgamento da DRJ/SPO I, para serem atendidos os seguintes quesitos:

" foram detectadas algumas incoerências, prejudicando o deslinde do presente, a seguir expostas.

a) em todos contratos, cujas amostras foram anexadas ao processo, consta que a forma de pagamento, relativamente a compra e venda de veículos, entre a loja de veículos e o



consumidor final, foi parcelada, contudo, no termo de verificação fiscal (fl 19, item I) consta que a loja de veículos efetuava as vendas à vista,

b) foram anexadas ao processo 'Reproduções de Fichas Financeiras e Cálculo do IOF', cujos resultados compuseram o montante do IOF, objeto de lançamento pelo presente AI, entretanto, em fls 234 a 248 e 252 a 269 encontram-se fichas em cujo cabeçalho consta como contribuinte o Banco General Motors S/A, elemento este estranho à relação operacional apurada;

c) a título de exemplificação, foi destacado o contrato nº 07.019.664-83, demonstrando sua composição relativamente ao Valor Principal Financiado, Comissão Mensal de Fiança e IOF (fl 18), ainda, foi demonstrada a contabilização do contrato (fl 21), pela empresa impugnante, contudo, a fiscalização ressaltou que não houve deságio na aquisição do crédito, embora o demonstrativo contábil de fl 21, constante do Termo de Verificação, prova o contrário

Dessa forma, faz-se necessário:

i) que seja anexada aos autos prova documental de que as vendas, contrariamente ao que consta dos contratos, eram efetuadas à vista, por exemplo, apresentar Nota Fiscal que traga, expressamente, a natureza da operação como sendo de venda à vista, ou outro documento que julgar cabível, para fins de confirmar a afirmação feita no Termo de Verificação, de que as vendas eram à vista.

Contudo, se a confirmação for em sentido contrário, qual seja, de que a compra e venda de veículo, entre a Loja de veículos e o consumidor final, ocorria mediante pagamento parcelado, conforme rezam os contratos, deixar claro este fato.

ii) esclarecer a razão de se encontrar anexadas ao presente as fichas de "REPRODUÇÃO FINANCEIRA E CÁLCULO DE IOF" (fls 234 a 248 e 252 a 269), em nome do Banco General Motors S/A,

Anexar aos autos a fonte das informações que serviram de base para o cálculo do IOF, comprovando que os contratos correspondentes às "Reproduções de Fichas Financeiras e Cálculo do IOF", acima referidos, e constantes das relações de fls 57 a 218, foram firmados entre a impugnante e as Lojas de Veículos e/ou consumidores finais,

iii) confirmar, se possível até em forma de demonstrativos, a ausência de deságios quando da aquisição do crédito, e se a comissão mensal de fiança era repassada em sua totalidade ao BANCO NOROESTE (cláusula 6 e quadro VIII do contrato de "Compra e Venda de Veículos, Confissão de Dívida e Garantia Fidejussória"); se o repasse não era total, informar o porquê "

II. Às fls. 694/699 consta o "Relatório de Verificação Fiscal" com a apreciação dos quesitos acima transcritos pelo autuante, tendo sido anexadas as provas de fls 637/693

12 Regularmente cientificado, conforme documento anexado às fls 700, em 25 de julho de 2002, para manifestar-se sobre as novas provas trazidas aos autos pela fiscalização e sobre os termos do "Relatório de Verificação Fiscal" de fls. 694/699 o contribuinte não compareceu aos autos, tendo sido estes remetidos para esta Delegacia, em 9 de setembro de 2002, para julgamento

Por meio do Acórdão DRJ/ SP01 nº 3.586, de 26 de junho de 2003, os julgadores da 8a. Turma da DRJ/SPO-I, por unanimidade de votos, consideraram o lançamento procedente. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

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

Período de apuração. 24/10/1997 a 17/04/1998

Ementa. **DILIGÊNCIA** A autoridade julgadora de primeira instância determinará a realização de diligências/perícias quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis

INCIDÊNCIA DO IOF SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO

As operações de crédito, correspondentes a financiamento de automóveis, efetivadas entre pessoa jurídica não-financeira e outra pessoa jurídica ou pessoa física, sujeitam-se à incidência do IOF, seguindo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimo praticadas pelas Instituições Financeiras

A ciência do acórdão se verificou em 31 de julho de 2003, conforme declaração inserida nos autos (fl. 728).

Em 04 de julho de 2003, a interessada protocolou esclarecimentos, junto à Delegacia Especial das Instituições Financeiras. Providenciou a juntada da Sentença Penal absolutória proferida pelo MM. Juiz Casem Mazloum da 1.a Vara Federal Criminal da 1.a Subseção Judiciária de São Paulo. Solicita ao final, a suspensão do procedimento fiscal até o desfecho final da ação penal, para evitar a possibilidade de decisões contraditórias.

Às fls. 760/763, Despacho Decisório emitido pelo Grupo de Ações Judiciais - GAJ, concluindo, em apertada síntese pela denegação, com base no art. 24 e 25 do Decreto nº 70.235/72 o pedido formulado pelo contribuinte de suspensão do procedimento administrativo. Alega que a competência ou poder para a apreciação da suspensão cabe à DRJ ou ao Conselho de Contribuintes.

À fl. 764 Intimação Dicat/Equct nº 274/2003 – para ciência do despacho proferido. Não consta dos autos comprovante da atuada sobre a ciência do referido despacho.

Em 28 de agosto de 2003, a atuada apresenta recurso onde em síntese e fundamentalmente alega:

I- EM PRELIMINAR

- i- Nulidade da decisão - cerceamento do direito de defesa.



Aduz que deveria ter ocorrido intimação das diligências e esclarecimento acerca da forma de realização de tais provas. Que (fl.772) a notificação da Recorrente para a manifestação sobre o mencionado relatório efetivou-se em absoluta dissonância ao art. 67 da Lei nº 9.532/97, ou seja, fora de seu domicílio tributário.

Alega, quanto à diligência, que as perguntas efetuadas foram mal formuladas, de forma proposital, com a finalidade precípua de emprestar àquelas conclusões iniciais a roupagem de verdadeiras.

Que, quanto à diligência, “ Todos os documentos juntados comprovam que as vendas eram realizadas À PRAZO e não À VISTA como interpretou a decisão recorrida” Que “o que existem são declarações (e não documentos) dizendo que eram vendas a vista”.

Que, quanto ao Auditor Fiscal: MALICIOSAMENTE OMITIU QUE TAIS NOTAS FISCAIS NÃO SE REFEREM ÀS OPERAÇÕES OBJETO DAS CESSÕES DE CRÉDITO. Trata-se na realidade das Notas Fiscais emitidas EM FAVOR DO VENDEDOR DO VEÍCULO, ou outras vezes impropriamente, em FAVOR DO COMPRADOR, (mas com valor menor) não tendo pois relação com a compra e venda à prazo efetuada em momento posterior. A omissão dessa informação é gravíssima e compromete toda a credibilidade da documentação juntada pela Autoridade fiscal.

ii- - Não apreciação de fato novo relevante.

Alega em apertada síntese que possui decisão proferida na justiça criminal reconhecendo expressamente que as operações realizadas não foram de financiamento e sim de fomento.

II- NO MÉRITO

Reitera os argumentos expostos em sua impugnação, no sentido de que seriam todas as operações realizadas, legítimas operações de fomento mercantil, portanto isentas da incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Para tanto, tece argumentação técnica das operações de fomento; do comprometimento das provas tomadas pela fiscalização; da pertinência das provas requeridas.

Em sessão de 10 de agosto de 2005, por meio da Resolução nº 203-00.634, os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, decidiram converter o julgamento do recurso em Diligência para que fosse aguardado o transito do processo penal que com o processo administrativo tem relação.

Consta da Diligência o que a seguir transcrevo:

Compulsando os autos, verifico às fls. 740/747 sentença proferida no Juízo Criminal Federal, absolvendo os sócios gerentes e administradores eis que os atos descritos na denúncia não se amoldam ao tipo descrito no art. 16 da Lei 7.492/86. ¹ Dessa decisão houve recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal. Não consta dos autos a definitividade da ação judicial.

¹ Art. 16- Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio.

Esclareço inexistir a possibilidade de se votar pelo não conhecimento do recurso, face à não aplicação da figura da renúncia administrativa, em razão de não ter a interessada interposto medida judicial contra a lavratura do presente auto de infração

No entanto, penso razoável e necessário que seja procedido ao aguardo do presente processo até o trânsito em julgado da decisão proferida nos autos da ação judicial, visando evitar julgamentos conflitantes

O artigo 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, assim dispôs:

*Art 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência*

Os princípios são de fundamental importância na aplicação do Direito e satisfação da Justiça. Em especial, o da razoabilidade contrapõe-se a racionalidade, diante da insuficiência de seus critérios, permitindo soluções que não seriam possíveis no estrito campo do formalismo, e auxiliando na fundamentando das "decisões jurídicas razoáveis".

O artigo 265 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, determina que suspende-se o processo

IV - quando a sentença de mérito

depende do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

Nessa linha de entendimento, o Conselho de Contribuintes, por meio do Acórdão de nº 105-14270 (Recurso de ofício 134733), sessão de 03/12/2003, já se manifestou de forma similar ²

*De fato, inexistindo dúvidas de que o julgamento do mérito deste processo depende do resultado final da apelação de sentença interposto pelo Ministério Público Federal citada nos autos, voto do sentido de converter o presente julgamento em **DILIGÊNCIA** com o intuito de que*

² Fmenta: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO - SOBRESTAMENTO DA Apreciação DO LITÍGIO - Com fundamento no inciso IV, do artigo 265, do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, suspende-se o processo, quando a apreciação do mérito do litígio depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente. Julgamento suspenso



I- seja aguardado o trânsito do processo penal.

II- seja anexada aos autos fotocópia da sentença transitado em julgado,

III- somente após, subam novamente os autos a este E. Conselho para julgamento do recurso voluntário.

Após conclusão da Diligência , retomam os autos para esta Eg. Câmara.

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Teresa Martinez López, Relatora

Este apelo já constou de pauta da sessão de 10 de agosto de 2005, quando o Colegiado decidiu converter o julgamento em diligência junto à repartição de origem, via DRJ jurisdicionante, cujo objetivo foi o de aguardar o transito do processo penal que com o processo administrativo tem relação em parte.

O cerne da questão assenta-se primeiramente na equiparação da empresa SANTANDER BRASIL FOMENTO COMERCIAL LTDA., juridicamente formalizada como sendo de *factoring*, à uma instituição financeira (com exigência de IOF), como apresentado pela fiscalização, tendo em vista a suposta caracterização de desvio de funções da empresa de *factoring*, ao promover operações de crédito com a finalidade de financiar compra de veículos por pessoas físicas Em segundo lugar, na análise da incidência do imposto após a Lei nº 9.532/97.

Cabe lembrar que a Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, veio dispor que a "alienação", a empresas de *factoring*, de "direitos creditórios resultantes de vendas a prazo" sujeita-se à incidência do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários (IOF), às mesmas alíquotas aplicáveis às operações de "financiamento e empréstimo" praticadas pelas instituições financeiras (artigo 58), ficando a empresa de *factoring* responsável pela cobrança e pelo recolhimento do tributo.

Portanto, é importante separar os dois períodos. O primeiro, antes da Lei nº 9.532/97 e o segundo, após o precitada lei.

PERÍODO ATÉ 31/12/1997:

O voto da Diligência, por meio da Resolução de nº 203-00.634, está às fls. 894/904. Cumprida a diligência, voltam os autos a esta Câmara, com as informações de que a recorrente possui decisão transitada em julgado favorável. Para melhor entendimento, reproduzo as informações extraídas dos autos e do sítio do TRF da 3ª Região e posteriormente do Superior Tribunal Federal (STJ).

PROCESSO 1999.61 81.003722-9

CLASSE 15754 ACR - SP

ORIGEM 1999 61 81 003722-9



VARA 1ª SAO PAULO - SP

AUTUAÇÃO 30 09 2003

APTE Justica Publica

APDO - JORGE WALLACE SIMONSEN

ADVG - ALOISIO LACERDA MEDEIROS

RELATOR- DES FED. NELTON DOS SANTOS

ASSUNTO

*Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86) -
Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Direito Penal*

ORG JUI. SEGUNDA TURMA

LOCALIZ JUIZO FEDERAL DA 1 VARA CRIMINAL DE SÃO
PAULO - 1ªSSJ-SP

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Márcia de Oliveira (Relatora) Há duas questões sobre as quais versa o presente feito. A primeira é, ao analisar as operações feitas pela empresa de factoring dos recorridos, verificar se as mesmas são de faturização, de financiamento ou de desconto bancário. Se restar demonstrado que se trata de operações de desconto ou financiamento, privativas de instituições financeiras, cabe verificar se os recorridos agiram dolosamente ao praticá-las.

Há que se registrar que os então acusados não aceitaram a proposta do Ministério Público Federal de suspensão condicional do processo. A pena mínima para o delito ora em discussão é de um ano, o que permitiria a suspensão do feito. Anote-se que é um delito considerado pela legislação como de menor potencial ofensivo.

Segundo Fabio Ulhoa Coelho em seu "Curso de Direito Comercial".

"O fomento mercantil (factoring) é contrato pelo qual um empresário (faturizador) presta a outro (faturizado) serviços de administração do crédito concedido e garante o pagamento das faturas emitidas (maturity factoring). É comum, também, o contrato abranger a antecipação do crédito, numa operação de financiamento (convencional factoring).

Para a maioria dos autores, está claro que a operação de factoring é financeira, mas por conta de entendimentos administrativos, mais especificamente, a regulamentação do Banco Central do Brasil, a operação de factoring é uma



operação financeira, mas que pode ser realizada por entidades não financeiras de fomento mercantil

Existe uma linha tênue entre a faturização e o desconto bancário, registre-se, nunca o financiamento, ao menos na modalidade de que tratam os autos.

Existem algumas diferenças entre o fomento mercantil e o desconto bancário. A faturizadora garante o recebimento do valor em qualquer hipótese, enquanto que o banco descontador não. Nos dizeres de Fabio Ulhoa

"Se no vencimento, o devedor (consumidor ou adquirente) não realiza o pagamento, o banco pode cobrar o devido, em regresso, do cliente descontário, mas a faturizadora não tem nenhum direito contra o faturizado" (curso de direito comercial, Saraiva, pág 133)

Enquanto sociedade mercantil não financeira, a faturizadora não pode cobrar juros além de 12% ao ano. Na hipótese dos autos, único diferencial apresentado pelos contratos da Noroeste Factoring é que os documentos de transferência dos veículos usados, permaneciam na titularidade dos documentos de registro, o que, em tese, impediria que a faturizadora, em caso de inadimplência do comprador, cobrasse da agência vendedora do veículo.

Há outro ponto de interesse. Conforme consta do contrato de fl 531, a Noroeste Fomento, firmou contrato com o Banco Noroeste para que este afiançasse os devedores, mediante remuneração deste. Desta forma, o direito de regresso ou não por parte da factoring era irrelevante, na medida em que o débito estava garantido de qualquer forma pelo Banco, contra o qual a factoring do grupo poderia ingressar com a execução.

Não se pode dizer que a operação seja típica, mas tampouco pode-se afirmar que ela seja uma operação privativa de instituições financeiras.

Prova dessa assertiva é a testemunha de defesa afirma que, a despeito de todo o seu conhecimento prático e teórico do assunto, factoring e ainda como chefe da fiscalização do Banco Central do Brasil, ficou em dúvida e remeteu o processo para Brasília para um parecer mais acurado.

Pairavam dúvidas acerca da natureza jurídica da operação realizada pela empresa dos recorridos. Seu departamento jurídico dizia que a operação era legal, a autarquia responsável não tinha certeza. Como exigir dos recorridos a certeza jurídica, se ela não existia.

Deveriam eles abandonar um negócio altamente lucrativo?

Ademais é de se observar o princípio constitucional da legalidade, pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei. Segundo Montesquieu, as leis devem ser de redação tão simples que todo cidadão deve entendê-las.

Ora, afirmar que uma operação financeira não é financeira e que operações idênticas em sua origem e essência (desconto e fomento comercial), não podem ser realizadas por uma mesma empresa (bancos não podem faturizar e factoring não pode descontar), é tornar inseguras as relações jurídicas, impedindo que se fale de crime

Entendo que se trata de erro sobre o tipo, o que, nos termos do artigo 20 do Código Penal, definido por Damásio E. de Jesus

"É o que incide sobre as elementares ou circunstâncias da figura típica, sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora. É o que faz o sujeito suportar a ausência de elemento ou circunstância da figura típica incriminadora ou a presença de requisitos da norma permissiva. No tipo, pode recair sobre elementares objetivas ou normativas" (in Código Penal anotado, em CD-rom, ed. 2001, comentários ao art. 20)

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso

É como voto

Márcia de Oliveira- Juíza Federal Convocada

Relatora

Dessa decisão houve recurso pelo Ministério Público ao Superior Tribunal de Justiça, e NEGADO PROVIMENTO conforme decisão abaixo transcrita do sítio do STJ:

RECURSO ESPECIAL Nº 946 611 - SP (2007/0097771-1)

RELATOR : MINISTRO NILSON NAVES

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

()

DECISÃO

Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão que manteve decisão de primeira instância pela qual foram os recorridos absolvidos da imputação que lhes fizera o Ministério Público Federal – prática do delito tipificado no art. 16 da Lei nº 7.492/86

Alega-se, em síntese, contrariedade dos arts. 1º e 16 da referida lei e violação do art. 20 do Cód. Penal. Sustenta-se, para tanto, que, "em todos os negócios realizados, as lojas não figuravam, nos documentos de transferência, como proprietárias dos veículos, o que seria o correto, dado que sua atividade era de venda de veículos e que mantinham com os clientes (compradores-finais dos veículos) contratos para venda a prazo, em prestações iguais e sucessivas". Aduz-se que, "pelo contrário, conforme constatado pela fiscalização do Banco Central, as lojas revendedoras participavam como meras intermediárias nas operações de compra e venda, visto que, em verdade, a Noroeste



Fomento Comercial é quem atuava como financiadora dos compradores dos bens, como se instituição financeira fosse"

Quanto ao art 20 do Cód. Penal, argumenta-se que se trata "mais uma vez de errônea qualificação jurídica conferida pelo Tribunal, uma vez que a conclusão quanto ao erro de tipo resultou de uma equivocada interpretação dos elementos constitutivos da operação realmente praticada pela Noroeste Fomento"

O Ministério Público Federal (Subprocuradora-Geral Delza Curvello) manifestou-se pelo não conhecimento do recurso porque, "para desfazer o entendimento firmado sobre inexistência do crime, seria necessário aprofundado reexame de provas, o que é inadmissível (Súmula 7 STJ)"

Decido

Interposto com fundamento na alínea c, não prospera o recurso porque não foi demonstrada a divergência, já que inexistente similitude fático-jurídica entre os julgados. Ademais, não se fez o cotejo analítico, necessário para evidenciar o alegado dissídio jurisprudencial.

Ainda que assim não fosse, o inconformismo não se resolve sem aprofundado reexame dos fatos noticiados na denúncia, rejeitada diante da ausência de circunstâncias capazes de desnaturar as operações de factoring. Incide aqui, portanto, o óbice da Súmula 7.

Do exposto, tem razão a parecerista

Tais as circunstâncias, nego seguimento ao recurso especial (art 38 da Lei nº 8 038/90)

Publique-se.

Brasília, 29 de abril de 2009.

Ministro Nilson Naves

Relator

No mais, passo à análise dos demais fatos, que dizem propriamente a incidência do IOF.

No caso, tem-se como certo se dizer que (Parecer PGFN/CAT/Nº 334/2001) para caracterizar uma instituição como sendo financeira, há que se verificar a prática cumulativa das três atividades descritas no *caput* do art. 17 da Lei nº 4.595/64, quais sejam: coleta, intermediação e aplicação de recursos de terceiros, o que não se dá com as operações de factoring, mesmo aquelas realizadas pela recorrente.

A constatação de que as atividades desenvolvidas pela atuada não a equipara à instituição financeira não seria suficiente para afastá-la da obrigação de pagar o IOF, caso a incidência deste imposto para o tipo de operação por ela desenvolvida estivesse prevista na legislação de regência deste tributo, à época dos fatos alcançados pelo lançamento.

Mas este não é o caso. O Decreto nº 2.219, de 02 de maio de 1997, que regulamentou o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos



ou Valores Mobiliários – IOF, consolidando a legislação anterior, elegeu como fato gerador as operações de crédito realizadas exclusivamente por instituições financeiras, como dispôs o art. 2º, inciso I, *verbis*:

“Art. 2º O IOF incide sobre.

I - operações de crédito realizadas por instituições financeiras (Lei nº 5 143, de 20 de outubro de 1966, art. 1º),” (destaques acrescidos)

Os contribuintes do imposto foram definidos pelo art. 5º do mesmo regulamento, nos seguintes termos:

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

Como se vê, dentre as possíveis operações de crédito, só constituíam fato gerador do IOF aquelas realizadas por instituições financeiras. Da mesma forma, ao tempo das operações realizadas pela autuada - janeiro a dezembro de 1997 -, só as instituições financeiras estavam definidas como responsáveis pela cobrança e recolhimento desse imposto.

O direito tributário rege-se, dentre outros, pelos princípios da estrita legalidade e tipicidade tributária, de modo que a obrigação tributária tem nascimento não-somente se verificado o fato descrito conotativamente no antecedente da regra-matriz de incidência. Portanto, para que o lançamento tributário possa ser constituído validamente, é imprescindível o perfeito enquadramento do fato à hipótese de incidência descrita pela norma geral e abstrata. Fabiana Del Padre Tomé³, no seu livro “A Prova no Direito Tributário, refere-se à necessidade de subsunção do fato à norma, nos seguintes termos:

“A fundamentação das normas individuais e concretas na linguagem das provas decorre da necessária observância aos princípios da estrita legalidade e da tipicidade tributária, limites objetivos que buscam implementar o sobreprincípio da segurança jurídica, garantindo que os indivíduos estarão sujeitos à tributação somente se for praticado o fato conotativamente descrito na hipótese normativa tributária. Como bem ensina Paulo de Barros Carvalho⁴, o princípio da tipicidade tributária define-se em duas dimensões, quais sejam o plano legislativo e o da facticidade. No primeiro está a necessidade de que a norma geral e abstrata traga todos os elementos descritores do fato jurídico tributário e os dados prescritores da relação obrigacional, ao passo que no segundo tem-se a exigência da estrita subsunção do fato à previsão genérica da norma geral e abstrata, vinculando-se à correspondente obrigação. Por esse motivo, a norma individual e concreta que constitui o fato jurídico tributário e a correspondente obrigação deve trazer, no antecedente, o fato tipificado pela norma geral e abstrata, com as respectivas coordenadas temporais e espaciais, indicando, no conseqüente, o fato da base de cálculo, que, juntamente com a alíquota,

³ Tomé, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 30-31

⁴ A Prova no Procedimento Administrativo Tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 34, p. 105.

especificam o quantum devido, bem como os sujeitos integrantes do vínculo obrigacional ”

Sem a prescrição normativa, o evento não ingressa no mundo jurídico, e sem previsão na norma tributária, falta-lhe motivo para dar origem ao lançamento. Sem motivo, a motivação torna-se capenga, como se infere da leitura do seguinte trecho do livro de Fabiana Del Padre Tomé⁵:

*“A emissão de atos administrativos, dentre eles o ato de lançamento e o de aplicação de penalidade em razão do descumprimento de obrigação tributária ou de dever instrumental, depende da existência de determinados pressupostos: (i) competência, (ii) motivo, (iii) formalidades procedimentais, (iv) finalidade e (v) causa. Para que sejam regularmente constituídos, esses atos exigem a presença dos elementos (i) forma, (ii) motivação e (iii) conteúdo. O **motivo** e a **motivação** estão intrinsecamente relacionados com o tema das provas: enquanto o primeiro é pressuposto fático do ato, representado pelo evento que preenche os requisitos da hipótese normativa tributária, a motivação é o relato que, com fundamento na linguagem das provas, constitui o fato jurídico, introduzindo-o no ordenamento ”*

O financiamento de veículos realizado por *factoring* antes da Lei nº 9.532 já foi apreciado pelo então Segundo Conselho de Contribuintes por diversas vezes, tendo-se decidido reiteradamente que o IOF não incidia sobre estas operações antes de 1º de janeiro de 1998, como se pode ver nos Acórdãos cujas cmentas abaixo se transcreve:

*“IOF - IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS - Não incide o IOF sobre operações realizadas por instituições não financeiras que se dedica à operação de factoring, antes do advento da Lei nº 9.532/97. As operações de crédito, correspondentes a financiamento de veículos, efetivadas entre pessoas jurídicas não financeiras e outra pessoa jurídica ou pessoa física, não se sujeitam à incidência do IOF. Recurso provido.” (Acórdãos nºs **201-74.101**, de 08/11/2000 e **201-74.147**, de 06/12/2000).*

*“IOF CRÉDITO. EMPRESA DE FACTORING NÃO FINANCEIRA NÃO INCIDÊNCIA. Não incide o IOF nas operações realizadas por empresa não financeira que se dedica a operações de factoring, antes do advento da Lei nº 9.532, de 1997. As operações de crédito, correspondentes a financiamento de veículos, efetivadas entre pessoa jurídica não financeira e outra pessoa jurídica ou pessoa física, não estão sujeitas à incidência do IOF. Recurso provido.” (Acórdãos nºs **201-76.043**, de 16/04/2002 e **201-76.463**, de 15/10/2002).*

“IOF CRÉDITO EMPRESA DE FACTORING NÃO FINANCEIRA. INCIDÊNCIA SOMENTE A PARTIR DA LEI Nº 9.532/97. Somente incide o IOF nas operações realizadas por empresa não financeira que se dedica a operações de factoring, a partir de 01/01/1998, data em que entrou em vigor a Lei nº 9.532, de 1997, que previu em seu art. 58 que: “A pessoa física ou jurídica que alienar, à empresa que exercer as atividades

⁵ Tomé, Fabiana Del Padre. Op. cit., p. 326/327.

relacionadas na alínea "d" do inciso III do § 1º do art. 15 da Lei nº 9.249, de 1995 (factoring), direitos creditórios resultantes de vendas a prazo, sujeita-se à incidência do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários - IOF às mesmas alíquotas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimo praticadas pelas instituições financeiras " Recurso provido em parte " (Acórdão nº 201-77.177, de 09/09/2003)

"IOF. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS Não incide o IOF sobre operações realizadas por instituições não financeiras, que se dedicam à operação de factoring, antes do advento da Lei nº 9.532/97. As operações de crédito, correspondentes a financiamento de veículos, efetivadas entre pessoas jurídicas não financeiras e outra pessoa jurídica ou pessoa física, não se sujeitam à incidência do IOF Recurso provido em parte " (Acórdão nº 201-77.181, de 09/09/2003)

"IOF. CRÉDITO. EMPRESA DE FACTORING NÃO FINANCEIRA NÃO INCIDÊNCIA. Não incide o IOF nas operações realizadas por empresa não financeira que se dedica a operações de factoring, antes do advento da Lei nº 9.532, de 1997. As operações de crédito, correspondentes a financiamento de veículos, efetivadas entre pessoa jurídica não financeira e outra pessoa jurídica ou pessoa física, não estão sujeitas à incidência do IOF Recurso provido " (Acórdão nº 201-77.769, de 10/08/2004).

"IOF IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A VALORES MOBILIÁRIOS. Não incide o IOF sobre operações realizadas por instituições não financeiras que se dedicam à operação de factoring, antes do advento da Lei nº 9.532/97. As operações de crédito correspondentes a financiamento de veículos efetivadas entre pessoas jurídicas não financeiras e outra pessoa jurídica ou física não se sujeitam à incidência do IOF. Recurso provido " (Acórdãos nºs 201-78.012 e 201-78.013, de 09/11/2004).

Concluo, que diante do transitio em julgado do processo judicial, e inexistindo previsão legal de cobrança de IOF, nesse período, para entidade não financeira, resta concluído que as operações em questão praticadas, não estavam sujeitas a incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF).

PERÍODO POSTERIOR A 01/1998

Como exposto, a constatação de que as atividades desenvolvidas pela atuada não a equipara à instituição financeira não seria suficiente para afastá-la da obrigação de pagar o IOF, caso a incidência deste imposto para o tipo de operação por ela desenvolvida estivesse prevista na legislação de regência deste tributo, à época dos fatos alcançados pelo lançamento.

Só a partir de 1º de janeiro de 1998, com o advento da Lei nº 9.532/97, é que as operações realizadas por *factoring* passaram a ser tributadas pelo IOF. E a partir de 1º de janeiro de 1999, com a edição da Lei nº 9.779/99, o IOF passou a incidir, também, sobre as



operações de mútuo de recursos financeiros realizadas entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, **dou provimento PARCIAL ao recurso**, determinando o cancelamento do Auto de Infração apenas para o período anterior a 1º/01/1998.


Maria Teresa Martinez López