



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

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

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 16327.001730/00-21
Recurso nº : 117.555
Acórdão nº : 201-76.043

Recorrente : G. M. FACTORING SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL LTDA.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

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 sujeitam-se à incidência do IOF.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **G. M. FACTORING SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL LTDA.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso**, nos termos do voto da relatora. Fez sustentação oral o advogado da recorrente Dr. Roberto Pisani.

Sala das Sessões, em 16 de abril de 2002.

Josefa Maria Coelho Marques

Josefa Maria Coelho Marques
Presidente e Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Roberto Velloso (Suplente), Antônio Carlos Atulim (Suplente), Gilberto Cassuli, José Roberto Vieira, Antônio Mário de Abreu Pinto e Rogério Gustavo Dreyer.

cl/



Processo nº : 16327.001730/00-21
Recurso nº : 117.555
Acórdão nº : 201-76.043

Recorrente : G. M. FACTORING SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL LTDA.

RELATÓRIO

Por descrever com precisão os detalhes do presente processo adoto, até à decisão de primeira instância, o relatório constante da mesma, que transcrevo:

"Em ação fiscal levada a efeito no contribuinte acima qualificado, apurou-se o crédito tributário na importância correspondente a R\$ 6.228.163,44 (seis milhões, duzentos e vinte e oito mil, cento e sessenta e três reais e quarenta e quatro centavos), relativo ao imposto, multa e encargos legais, em conformidade com a Lei nº 5.172/1966, art.108, inciso I e Decreto 2.219/1997, art. 3º, § 1º, alínea "a" e § 4º, art. 5º; art. 7º, inciso I, alínea "b", consubstanciado no Auto de Infração de fls. 206 a 209.

A infração referida encontra-se relatada às fls. 167 a 183 e nos dá conta de que a matéria tributada versa sobre a falta de recolhimento do IOF incidente sobre operações de crédito no período compreendido entre novembro e dezembro de 1997.

A fiscalização informa, através do Termo de Verificação Fiscal (fls. 167 a 182), que a autuada promoveu Crédito Direto ao Consumidor - CDC, contudo, adotou procedimento não usual, com a finalidade de proporcionar ao mercado de carros mais uma alternativa de financiamento, e mais vantajosa do ponto de vista financeiro. A seguir, seguem algumas particularidades da operação:

a) no período entre novembro e dezembro de 1997 a GM Factoring realizou operações de compra e venda de veículos, na qualidade de contratante, por meio de "Contrato de Assunção Parcial de Dívidas e Obrigações, Novação e Outras Avenças", junto à rede concessionária, num total de 1.737 (um mil setecentos e trinta e sete) contratos, no montante de R\$ 22.619.739,47 (vinte e dois milhões, seiscentos e dezenove mil, setecentos e trinta e nove reais e quarenta e sete centavos);

Os recursos utilizados nas referidas operações originaram-se de repasses de empréstimos externos (Resolução nº 63) à GM Brasil, na condição de financiada, que transferiu-os à GM Factoring, por meio de "Instrumento Particular de Assunção de Obrigações", onde a GM Factoring assume a responsabilidade pelos pagamentos dos ônus financeiros decorrentes das obrigações da GM Brasil relativos aos empréstimos externos, em sua totalidade, e recebe dela uma importância em moeda nacional, como contrapartida da assunção de obrigações;

A GM Factoring obriga-se a efetivar o pagamento das referidas obrigações em nome e na qualidade de mandatária da GM Brasil, que a nomeia e a constitui sua bastante procuradora;

b) O "Contrato de Assunção Parcial de Dívidas e Obrigações, Novação e Outras Avenças" é composto pelos seguintes elementos: i) a GM FACTORING SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL LTDA, como contratante; ii) o consumidor, adquirente de veículo (pessoa física, em sua maioria -dos 1.737 contratos, 1.693 são de pessoas físicas e apenas 44 são de pessoas jurídicas), como contratado; iii) a concessionária vendedora do veículo, como interveniente vendedora do veículo.

c) A operação contratual consistia no seguinte procedimento: 1) o contratado efetua a compra de veículo junto à concessionária, pagando uma entrada e o restante no prazo de trinta dias contados da data da venda; 2) ao mesmo tempo a GM FACTORING, contratante, quitava a dívida do cliente junto à INTERVENIENTE VENDEDORA,



Processo nº : 16327.001730/00-21
Recurso nº : 117.555
Acórdão nº : 201-76.043

obrigando-se o cliente, a partir de então, com a contratante (itens 03 e 04 do contrato); 3) a contratante é devedora de quantias em moeda estrangeira, cujo credor não consta dos contratos apresentados (presume-se que seja a GM Brasil), vide campo 7 do contrato; 4) novas condições de pagamento são estabelecidas, com prazos variando até 36 prestações (campo 6 do contrato); 5) o contratado autoriza a reserva de domínio do veículo em favor da GM FACTORING até a liquidação final da dívida; 6) a interveniente vendedora faz constar na nota fiscal a referida reserva, bem como no Certificado de Registro do Veículo (itens 10 a 12 do "Contrato de Assunção Parcial de Dívidas e Obrigações, Novação e Outras Avenças"; 7) o contratado emite em nome da GM FACTORING, Notas Promissórias nas mesmas quantidades, valores e datas de vencimento das prestações por ele assumidas, como garantia do pagamento das prestações (itens 14 e 15 do contrato); 8) a quitação da dívida ocorre com o pagamento integral das prestações contratadas, bem como das penalidades e obrigações pactuadas, condição necessária para a liberação da cláusula de reserva de domínio e a devolução da garantia (Notas Promissórias);

A fiscalização esclarece que, nas operações realizadas pela GM FACTORING com as concessionárias (intervenientes vendedoras), não há a prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, nos termos do art. 15, § 1º, III, "d", da Lei 9.249/1995; a relação da GM FACTORING com essas pessoas jurídicas é meramente accidental, restringe-se, apenas, à quitação do saldo do comprador do veículo, se e quando este efetuar uma compra financiada junto à concessionária.

Conclui a fiscalização, em resumo, que o objetivo do conglomerado GM é produzir e comercializar veículos e, por outro lado, o objetivo dos contratados é adquirir veículos mediante o pagamento de uma entrada e o financiamento do saldo devedor (não em um mês, mas em doze, dezoito, vinte e quatro ou trinta e seis prestações mensais); todavia, a fim de alcançar seus objetivos e atender aquela demanda, tendo em vista as restrições de crédito presentes naquele momento, a GM Factoring intermediou recursos captados pela GM Brasil junto a instituições financeiras, aplicando-os, em seguida, no financiamento de veículos do grupo GM.

Assim, finaliza a fiscalização, que pelo fato de ter realizado operações de crédito direto ao consumidor, sem, entretanto, ter cobrado dos tomadores de crédito o IOF devido nessas operações, a GM FACTORING foi autuada na qualidade de contribuinte responsável pelo recolhimento do referido tributo.

O Auto de Infração foi lavrado em 04/09/2000, tomando o autuado ciência em mesma data, ingressou com a impugnação (fls. 213 a 304) através de procurador legalmente constituído, conforme procuração de fls 235 e 236, em 02/10/2000, e, portanto, tempestivamente, na qual procura demonstrar a improcedência da autuação, alegando, em resumo, o seguinte:

1) que a Requerente é empresa que se dedica principalmente a assumir e efetuar as operações denominadas factoring ou de fomento comercial, compreendendo a aquisição, administração e negociação de direitos creditórios de pessoas jurídicas, podendo efetuar cobranças e pesquisas de mercado, conforme consta do Contrato Social;

2) que, nessa qualidade, a Requerente celebrou, nos meses de novembro e dezembro de 1997, diversos contratos denominados "Contrato de Assunção Parcial de Dívidas e Obrigações, Novação e Outras Avenças";



Processo nº : 16327.001730/00-21
Recurso nº : 117.555
Acórdão nº : 201-76.043

3) prossegue esclarecendo que, tais contratos foram utilizados em transações cujo objeto pressupõe, primeiramente, a aquisição, por uma pessoa, física ou jurídica, de um automóvel em uma concessionária, mediante o pagamento de um sinal, com o comprometimento de pagamento do saldo dentro de um determinado prazo;

4) na seqüência, a Requerente adquire o faturamento da concessionária e passa a ser a credora da pessoa física, ou jurídica, adquirente do veículo. Há, contudo, repactuação da dívida, sendo que o adquirente do veículo assume uma outra dívida que não a inicialmente firmada, dívida esta transferida da Requerente ao adquirente do veículo;

5) informa que, tendo em vista a possibilidade de o adquirente do veículo não honrar a dívida assumida, a Requerente recebe a reserva de domínio, pois permanece responsável perante o terceiro, credor da dívida transferida, pela boa liquidação da mesma;

6) argumenta que, as operações caracterizam uma operação de compra de direitos creditórios e posterior novação da dívida com assunção de outra;

7) contudo, expõe, a fiscalização considerou que as operações praticadas não se constituíram em operações de fomento comercial, mas sim uma forma de financiamento para aquisição de veículos, o que corresponderia a uma atividade de instituição financeira e que, portanto, tais operações estariam sujeitas à incidência do IOF, na modalidade "crédito";

8) assim, prossegue, o cerne da autuação fiscal foi a desconsideração das formas jurídicas adotadas, entretanto, argumenta, a fiscalização não questionou o fato de as atividades de factoring estarem fora do campo de incidência do IOF, mas exigiu o imposto por considerar que as atividades praticadas pela Requerente são privativas de instituição financeira;

9) lembra a impugnante, que a interpretação "econômica" do Direito Tributário tanto não é viável, que a própria Delegacia da Receita Federal em São Paulo já reconheceu, através do Processo Administrativo nº 10880.016824/90-35 (cópia anexa), que a descaracterização dos contratos de leasing não é permitida pelo ordenamento;

10) alerta, a jurisprudência do Egrégio Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda também tem decidido nesse sentido;

11) defende a impugnante que, as operações realizadas são de compra de créditos e de transferência de dívidas, atividades estas que não se inserem dentre aquelas privativas das instituições financeiras;

12) e que, a transferência de dívidas realizada entre dois agentes não-financeiros, como é o caso da operação celebrada entre a Requerente e o terceiro adquirente do veículo, é perfeitamente legal, não caracteriza aplicação financeira, e, mais do que isso, não caracteriza operação privativa de instituição financeira conforme definido na própria legislação fiscal;

13) nesse sentido, reafirma que as operações de aquisição de créditos de venda de veículos, efetuadas pela Requerente, inserem-se no conceito de factoring. Trata-se de operação essencialmente mercantil, destinada ao fomento de atividades comerciais e/ou industriais;

14) prossegue a impugnação alegando que, as atividades aqui tratadas também não se enquadram no artigo 17 da Lei nº 4.595/1964, por mais ampla que seja a definição nele contida, pois, para que estivessem ali abrangidas deveriam reunir, obrigatória e



Processo nº : 16327.001730/00-21
Recurso nº : 117.555
Acórdão nº : 201-76.043

conjugadamente, os seguintes elementos: a) captação de recursos junto ao público; b) a sua intermediação com terceiros; e c) aplicação desses recursos no mercado, o que não é o caso da requerente, conclui;

15) observa, ainda, a impugnante, que diversas empresas de factoring, que exercem atividades semelhantes às da Requerente, foram recentemente autuadas pela fiscalização do Banco Central, por estarem, supostamente, praticando atividades privativas de instituições financeiras. No entanto, em todos esses casos o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional houve por bem cancelar as autuações, por entender que as atividades daquelas empresas não se equiparam, nem se confundem, com as privativas das instituições financeiras;

16) ainda, acrescenta, não há previsão legal para a tributação de IOF nas operações de transferência de dívida, especialmente se realizadas por empresas não-financeiras; as operações realizadas pela Requerente não estavam sujeitas à incidência do IOF;

17) a Requerente ressalta, ainda, que a autuação fiscal acarreta violação aos princípios da estrita legalidade e da tipicidade, que somente permitem a exigência do tributo quando se fizer presente, e em perfeita adequação, o fato concreto à norma jurídica, assim, pleiteia o cancelamento do Auto de Infração, conforme item 74 da impugnação;

18) aponta a impugnante que, a fiscalização, com o objetivo de justificar a autuação fiscal, socorre-se da analogia, com suposto amparo no artigo 108 do Código Tributário Nacional, contudo, questiona, o referido texto legal é muito claro nesse sentido - que a aplicação da analogia não é permitida para se criar nova exigência tributária, e, no caso, como as operações da Requerente não se encontram previstas objetivamente na Lei tributária como fato gerador, não cabe a aplicação da analogia para se instituir a cobrança de imposto;

19) por fim, pondera, ainda que a exigência do IOF fosse considerada válida, deveria ser cancelada a exigência dos juros calculados pela taxa SELIC e a abusiva penalidade aplicada."

A autoridade de primeira instância proferiu a Decisão DRJ/SPO nº 131, de 18 de janeiro de 2001, assim ementada:

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

Período de apuração: 14/11/1997 a 26/12/1997

Ementa: IOF SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO

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

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

LANÇAMENTO PRECEDENTE".



Processo nº : 16327.001730/00-21
Recurso nº : 117.555
Acórdão nº : 201-76.043

Cientificada da decisão em 22/02/2001 (fl. 330), apresenta recurso voluntário a este Conselho (fls. 333/414) protocolado em 22 de março de 2001, sem comprovação do depósito recursal de 30%.

Às fls. 418/422 é noticiado e apresentada liminar em mandado de segurança que assegura *“ao impetrante o direito de ter processado o recurso interposto nos autos do processo administrativo 16327.001730/00-21 sem a obrigatoriedade de depósito de 30% do valor do débito.”*

O recurso voluntário reafirma as razões já apresentadas na impugnação, anexa cópia de material sobre a Lei nº 9.532, de 1997, e, além disso, junta cópia de Acórdão desta Câmara, favorável a sua tese.

Às fls. 451/457 é juntada a sentença do Mandado de Segurança, onde foi denegada a segurança requerida, cassando a liminar anteriormente concedida.

À fl.462 está anexada cópia do comprovante do depósito recursal.

É o relatório.



Processo nº : 16327.001730/00-21
Recurso nº : 117.555
Acórdão nº : 201-76.043

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

O recurso voluntário é tempestivo. O estabelecido no § 2º do art. 33 do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela MP nº 1.621/1997, atualmente MP nº 2.176-79, de 23 de agosto de 2001 (ainda em vigor por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001), referente ao depósito de, no mínimo, 30% da exigência fiscal definida na decisão, foi inicialmente suprido por provimento judicial e em seguida pelo depósito. Assim, conheço do recurso.

A autoridade de primeira instância manteve a exigência, sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

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

A fiscalização destaca que, as operações em questão foram idealizadas, justamente, para proporcionar aos consumidores finais de veículos, uma opção mais vantajosa na compra financiada do bem, pois, o custo do financiamento, que implica juros, taxas de administração e a correção monetária do período, era o mesmo aplicado pelas demais instituições financeiras, com o benefício de que, pela forma proposta, não havia incidência do IOF.

Em conformidade com o apurado pela fiscalização, trata a autuada de empresa não-instituição financeira, que realizou operações tipicamente financeiras, no tocante a incidência do IOF, e, em razão disso, considerada responsável pelo recolhimento do IOF incidente sobre operações de crédito por ela realizadas.

A Requerente contra-ataca argumentando, fundamentalmente: 1) que a competência para declarar se a impugnante praticou ou não atos privativos de instituições financeiras é exclusiva do Banco Central do Brasil (BACEN) e do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN); 2) que a impugnante não é instituição financeira e não existia na legislação tributária, quando da pressuposta ocorrência do fato gerador, qualquer dispositivo prevendo a equiparação automática, para fins de tributação; 3) que a impugnante realiza operações de factoring; 4) que, para caracterizar as operações como sendo típicas de instituições financeiras há que se verificar a prática cumulativa da coleta, intermediação ou aplicação de recursos de terceiros.

O cerne da questão proposta encontra-se na equiparação da empresa GM FACTORING SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL LTDA, juridicamente formalizada como sendo de factoring, à uma instituição financeira, como apresentado pela fiscalização, tendo em vista a caracterização de desvio de funções da empresa de factoring, ao promover operações de crédito com a finalidade de financiar compra de bens às pessoas físicas e jurídicas.

Para o deslinde do presente, necessário se faz rever alguns aspectos legais no que diz respeito à regulamentação da atividade das instituições financeiras:

Lei nº 4.595/1964, art. 17:

"Consideram-se instituições financeiras, para efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a



Processo nº : 16327.001730/00-21
Recurso nº : 117.555
Acórdão nº : 201-76.043

coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor ou de propriedade de terceiros."

O que se verifica, entretanto, é que a Lei 7.492/1986, que prescreve os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, define a instituição financeira num sentido mais restrito, conforme 1º e seu parágrafo único:

Art. 1º "Considera-se instituição financeira, para efeito desta Lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação de valores mobiliários".

Parágrafo único- "Equipara-se à instituição financeira;

I- a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança ou recursos de terceiros;

II- a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual".

Da análise dos dispositivos legais acima transcritos, constata-se que a Lei 4.595/1964 caracteriza como atividades próprias de instituições financeiras a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros ; já a Lei 7.492/1986 restringe tais atividades, aos recursos só de terceiros. O artigo 1º, e demais dispositivos da Lei 7.492/1986, destinam-se à configuração dos chamados crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

No tocante a alegação de que a fiscalização da Receita Federal não tem competência para declarar se a impugnante praticou ou não atos privativos de instituições financeiras, uma vez ser essa atividade exclusiva do Banco Central do Brasil-BACEN e do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional-CRSFN, tem-se que, os processos administrativos mencionados pelo impugnante, instaurados pelo BACEN e julgados pelo CRSFN, embora possam tratar dos mesmos tipos de operações que motivaram o lançamento de crédito tributário pela Receita Federal, têm outro objetivo, que não o tributário, pois visam a identificação de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, qual seja, o exercício, não autorizado, de atividade financeira valendo-se de recursos de terceiros, através da captação junto ao grande público, já que um dos objetivos do BACEN é, exatamente, o de proteger o Sistema Financeiro e amparar a poupança popular.

No que tange a competência do Banco Central do Brasil - BACEN, apenas a utilização de recursos de terceiros, sem a prévia e indispensável autorização do mesmo, é que configuraria a ilicitude da operação, e que levaria a aplicação de multa pecuniária, sendo este o motivo dos litígios nos processos instaurados pelo BACEN. Assim, para efeitos de tipificação das figuras penais é que se afastou a aplicação de recursos próprios na atividade financeira, esta, por seu turno, deflui da conceituação dada pelo art. 17 da Lei nº 4.595/1964, segundo a qual, são consideradas instituições financeiras as pessoas jurídicas públicas ou privadas que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros.

Por outro lado, ao Fisco compete a identificação das operações abarcadas pela norma tributária, importando menos sua exteriorização formal, porém visando que as operações



Processo nº : 16327.001730/00-21
Recurso nº : 117.555
Acórdão nº : 201-76.043

sejam tributadas de acordo com o objetivo do negócio e impedindo que atividades financeiras idênticas, no caso, financiamento de venda de veículos, sejam tributadas de formas diferentes, ou seja, mais gravosa quando praticadas por instituições financeiras, e menos gravosa quando praticadas por empresa não-financeira, tão-somente pelo fato destas apresentarem-se travestidas de "operações de factoring", baseando-se sempre nos princípios fundamentais do direito tributário.

Há de se considerar, também, que o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários-IOF tem como característica a extrafiscalidade, ou seja, ele é utilizado, também, como instrumento de política econômica, visando outros interesses que não sejam os de simples arrecadação de recursos financeiros. O aumento das alíquotas do IOF objetiva desestimular a demanda por moeda, repercutindo, negativamente, em todo mercado de produtos duráveis, cujas vendas, em sua maioria, dependem das condições de financiamento, implicando, tal aumento, no encarecimento da operação.

Dessa forma, não pode o Poder Público omitir-se frente a procedimentos atípicos, para financiamento de compra de produtos duráveis, especialmente veículos, que venham desvirtuar os objetivos da política monetária (ao elevar a alíquota do IOF), bem como ofender os princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Os negócios jurídicos que não tiverem nenhuma causa real, a não ser conduzir a um menor imposto, terão sido realizados em desacordo com o objetivo do negócio; neste caso, o Fisco a eles pode se opor, desqualificando-os fiscalmente para enquadrá-los segundo a tipificação normativo-tributária, pertinente à situação que foi encoberta pelo desnatramento da função objetiva do ato.

Conclui-se, pessoa jurídica não-financeira, que se dedique à concessão de crédito, uma típica atividade financeira, à luz da Lei 4.595/1964, independentemente de valer-se de recursos financeiros próprios ou de terceiros e de configurar, ou não, crime contra o Sistema Financeiro Nacional, está sujeita ao mesmo tratamento dispensado às instituições financeiras, sendo a Receita Federal o órgão que detém a competência de fiscalizar e identificar tal atividade, para fins de tributação.

Argumenta, ainda, a Impugnante, que as atividades desenvolvidas não se enquadram naquelas previstas na Lei 4.595/1964 pois, para que fossem consideradas atividades típicas de instituições financeiras deveriam reunir todos os elementos ali elencados; quanto a esta questão, também não cabe razão à autuada sendo que, pelo art. 17 da Lei 4.595/1964, consideram-se instituições financeiras as pessoas jurídicas "que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros. ..."; vê-se que qualquer das formas – captação, intermediação ou aplicação, caracteriza atividade tipicamente financeira, uma vez que as palavras apresentam-se unidas pela conjunção alternativa ou, e não pela aditiva e. Ainda, a captação e intermediação só podem ocorrer com recursos de terceiros, não sendo possível captar e intermediar recursos próprios.

Assim, ao contrário do que defende a autuada, para a equiparação às instituições financeiras, basta a prática de alguma das atividades típicas das mesmas, não sendo necessário o exercício de todas as atividades elencadas na Lei, desde que essas atividades sejam exercidas profissionalmente, que representem uma atividade regular da empresa e que sejam praticadas com habitualidade.



Processo nº : 16327.001730/00-21
Recurso nº : 117.555
Acórdão nº : 201-76.043

No tocante ao argumento de que a Requerente é empresa que se dedica, principalmente, a assumir e efetuar as operações denominadas factoring ou de fomento comercial, atividades estas que não se inserem dentre aquelas privativas das instituições financeiras, faz-se necessário, a fim de melhor elucidar a questão, efetuar uma breve exposição sobre as características do factoring, para que, a partir dela, confrontar com as operações realizadas pela requerente, e que foram objeto da autuação, conforme se apresenta a seguir.

O factoring se realiza, sobretudo, na aquisição de créditos do faturizado. A operação envolve grandes riscos para o faturizador, posto que não fica reservado o direito de voltar-se contra o cliente, ou titular do crédito transferido. Presente, ainda, a probabilidade do não-pagamento das contas, por uma série de outros motivos.

Ainda, trata-se o factoring de um contrato aleatório. Não fica o faturizador com segurança no recebimento do valor constante no título. É que, no factoring, por não se considerar um contrato bancário, impede-se o estabelecimento de garantias reais. Não se admite o direito de regresso contra o endossante, ou o transferente do título. O faturizador assume a responsabilidade pela solvabilidade do devedor.

Diante do alto risco dos negócios, é natural que assiste ao faturizador a total liberdade em oferecer e aceitar os negócios. Mais que em qualquer outro contrato, tem importância, aqui, o intuitu personae.

O contrato de factoring é essencialmente oneroso: cobram os faturizadores pela atividade que exercem. As taxas de remuneração fixadas são bem mais elevadas que em outros setores de fornecimento de crédito, diante do risco a que se submetem as empresas que atuam no setor; assim, remunera-se: 1) pelo risco que corre ante a possibilidade do não recebimento e, 2) para compensar o adiantamento das importâncias pagas.

Dessa forma, considerando o risco que corre o faturizador e os serviços de cobrança, o contrato de faturização comporta a remuneração, que é justamente a contraprestação recebida como recompensa pelos riscos suportados. Ao desembolsar uma importância apta para atender a necessidade do faturizado, o faturizador não tem garantias quanto a adimplência dos créditos, sendo necessária, muitas vezes, a cobrança através do Poder Judiciário, acarretando considerável atraso na satisfação do crédito, ou a completa impossibilidade de receber em razão da insolvência, da impenhorabilidade dos bens ou da não-localização do devedor.

Por outro lado, analisando a operação realizada, constata-se: uma pessoa física ou jurídica efetua compra de veículo junto a uma concessionária, firmando um contrato, já no momento da compra, comprometendo-se ao pagamento de uma entrada e o restante para liquidação em determinado número de parcelas, conforme o caso. No contrato, o comprador autoriza a reserva de domínio do veículo para GM FACTORING até a liquidação final da dívida, já constando da Nota Fiscal de venda a referida reserva. Como garantia do cumprimento integral de suas obrigações, o adquirente do veículo emite, na data da compra, em nome da GM Factoring, Notas Promissórias nas mesmas quantidades, valores e datas de vencimento das prestações por ele assumidas.

Essa operação descrita, a princípio, retrata uma clara operação de financiamento de veículo, sem qualquer diferenciação em relação às praticadas pelas instituições financeiras, a não ser pelo fato de que no contrato firmado no ato da compra de veículos constar que o parcelamento do pagamento do veículo (excluído o valor da entrada),



Processo nº : 16327.001730/00-21
Recurso nº : 117.555
Acórdão nº : 201-76.043

refere-se a uma segunda etapa de negociação, querendo fazer crer que num primeiro momento compromete-se o adquirente a pagar, à concessionária, a parte restante em 30 dias para, num segundo momento, negociar a dívida junto à GM FACTORING, para pagamento em até 36 parcelas.

Não resta dúvida de que o negócio objetivado é o financiamento de veículo, tanto que o adquirente do mesmo, já no ato da compra, efetiva o negócio de acordo com suas possibilidades financeiras, considerando o pagamento parcelado em determinado número de vezes, emitindo, para tanto, notas promissórias em igual número, valor e vencimento às parcelas, e autoriza a reserva de domínio em nome da GM Factoring, o que caracteriza que o financiamento da compra foi efetuado pelo detentor da reserva de domínio do veículo.

Constata-se, ainda, que o interesse do cliente era a aquisição de veículo a prazo, e a forma apresentada pelas concessionárias mostrava-se interessante, por mais vantajosa, pois o custo do financiamento, que implica os juros, taxas de administração e a correção monetária do período, era o mesmo aplicado pelas demais instituições financeiras, com a vantagem de que, pela forma proposta, não havia incidência do IOF.

Nesse sentido o Código Civil traçou um princípio geral no artigo 85:

“Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.”

Orlando Gomes ao discorrer sobre “Interpretação dos Contratos” em CONTRATOS, Editora Forense, RJ, 18ª edição, 1998, diz:

“... há de partir em busca da vontade real dos contraentes, sem esquecer as circunstâncias em que se formularam e outros fatos, como o comportamento anterior ou ulterior das partes, que possam servir à reconstrução da idéia (intento) nascida na mente humana como representação interna.

Nessa pesquisa, incumbe-lhe realizar a análise jurídica do contrato a fim de enquadrá-lo pelo seu conteúdo, numa das categorias contratuais definidas na lei, levando em conta apenas os elementos essenciais (essentialia negotii) e não dando importância ao nome (nomen juris) que as partes lhe atribuíram.”

Assim, quando o nome e a forma adotados tem por única finalidade mascarar a conteúdo do contrato, sendo a intenção contratual a obtenção e concessão de financiamento de veículo, conforme ficou evidenciado através da documentação anexa, é crucial a prevalência da intenção, como no presente caso.

Ora, considerando as características do factoring, anteriormente ressaltadas, confrontando com a matéria em causa, observa-se não se tratar de aquisição de créditos faturizados, mesmo que no bojo de todas as operações realizadas possam ser encontradas operações típicas de factoring, mas que surgem como operações subsidiárias em relação ao objeto principal das atividades, que nada mais é do que o financiamento de veículos.

Os riscos próprios às operações de factoring inexistem nos casos aqui analisados, tanto que o custo da operação é o de um simples financiamento, apropriando-se a atuada de todas as garantias que se reveste o financiamento, quando efetuado através das instituições financeiras, concorrendo de forma desleal com as mesmas, pois utiliza-se do mesmo sistema formal, eximindo-se, contudo, da obrigação de retenção e recolhimento do IOF incidente nas operações de crédito.



Processo nº : 16327.001730/00-21
Recurso nº : 117.555
Acórdão nº : 201-76.043

Acrescente-se, que o procedimento aqui relatado foi utilizado nas vendas com contumácia, habitualidade, profissionalidade e comercialidade, ao longo do período examinado.

Depreende-se, então, que o fato de uma empresa ter a denominação ou a fachada de factoring, dedicando-se, no entanto, à concessão de crédito, adotando planejamento fiscal que não se coaduna com licitude (elisão tributária), longe de estar protegida pelo escudo criado (empresa de factoring), como tenta induzir a Impugnante, ofende os princípios da isonomia e da capacidade contributiva, ao atrair para si um tratamento fiscal privilegiado em relação a outro que, adotando a forma usual no negócio é levado ao pagamento integral do tributo.

Por fim, a impugnante contesta a aplicação da multa de ofício de 75% e dos juros de mora pela taxa SELIC, argumentando que o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçada, conforme interpretação do artigo 3º do Código Tributário Nacional.

Assim, prossegue, é inadmissível que o valor da multa imposta por suposta infração aos dispositivos legais represente quase a totalidade do valor do tributo exigido. No que se refere aos juros de mora, alega que a jurisprudência tem reconhecido a inaplicabilidade da taxa SELIC aos créditos tributários, por considerar que aquela taxa não foi criada por Lei para esse fim.

Quanto a esses aspectos, multa de ofício e juros de mora, há de se ressaltar o prescrito no parágrafo único do art. 142 do CTN:

"A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

Nesses termos, a multa de ofício e os juros de mora são devidos conforme o estabelecido na legislação vigente (art. 44, inciso I e art. 61, § 3º da Lei nº 9.430/1996).

De todo o exposto, extrai-se:

- 1) que decisões do BACEN sobre a análise de prática de operações financeiras por empresas não autorizadas, objetivando identificar crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, não vinculam as questões tributárias, primeiramente por não constituir norma complementar de legislação tributária brasileira, depois, por que o alcance objetivado pelo BACEN é bem mais restrito que o abrangido pela matéria tributária;*
- 2) para fins de tributação de IOF, no caso presente, é indiferente se a pessoa jurídica que financiou a compra de veículos, com habitualidade, profissionalidade e comercialidade, o fez com recursos próprios, ou através de captação de recursos de terceiros;*
- 3) para fazer face ao encargo tributário próprio da atividade tipicamente financeira, basta a prática de alguma das atividades típicas de instituições financeiras, não sendo necessário o exercício de todas as atividades elencadas na Lei, desde que exercidas profissionalmente e que sejam praticadas com habitualidade, como é caso verificado nesta análise;*
- 4) que a aplicação da analogia, pela fiscalização, não criou nova exigência tributária, mas, tão-somente, foi efetuada uma operação lógica mediante a análise de um conjunto de elementos e provas, trazidos aos autos, aplicando à apreciação dessa relação jurídica, existente concretamente (contratos de financiamento de veículos), as normas de direito objetivo disciplinadores de casos semelhantes;*



Processo nº : 16327.001730/00-21
Recurso nº : 117.555
Acórdão nº : 201-76.043

5) que jurisprudência não é fonte de Direito Tributário e, desta forma, não vincula, não tem caráter normativo e só alcança as partes em litígio;

6) que a multa de ofício e os juros de mora foram devidamente aplicados, de acordo com a legislação vigente (art. 44, inciso I e art. 61, § 3º da Lei nº 9.430/1996).

Por fim, CONCLUI-SE, que a autuada realizou atividade tipicamente financeira ao financiar a compra de veículos, a consumidores finais dos mesmos, mediante operações disfarçadas de fomento comercial; entretanto, a utilização de forma não usual, em relação ao negócio pretendido, não subtrai da empresa, que concedeu o crédito, a obrigação de reter e recolher o IOF incidente sobre operações de crédito concedido a consumidores finais, conforme art. 3º, § 1º, alínea "a" e § 4º, arts. 4º, 5º e 7º, inciso I, alínea "b", do Decreto 2.219/1997".

A própria recorrente juntou cópia do Acórdão nº 201-74.101, relatado pelo Conselheiro Sérgio Gomes Velloso, em sessão de 08/12/2000, cuja ementa transcrevo:

*"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.**"*

No referido Acórdão, assim se manifestou o Ilustre Conselheiro:

"Não há como se negar, todavia, que tais operações são análogas às de financiamento, mediante crédito direto ao consumidor, mas não se enquadram na hipótese de incidência do IOF, posto que não há entrega ou colocação de qualquer quantia à disposição dos adquirentes dos veículos.

É o que se depreende do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 5.143/66, in verbis:

"Art. 1º O imposto sobre operações financeiras incide nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras e tem como fato gerador:

I - no caso de operações de crédito, a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado."

Ocorre que, conforme estabelece o § 1º do artigo 108 do Código Tributário Nacional, "o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei."

E, de fato, não existe previsão legal para a exigência de tributo sobre operações de crédito que não aquelas consubstanciadas na entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado.

Desta forma, na ausência de previsão legal para a cobrança de IOF sobre operações de crédito que não representem a entrega ou a colocação de valor à disposição do interessado, por si só já torna improcedente a exigência fiscal.

Mas não é só!

Não há como fazer incidir o IOF sobre operações realizadas por instituições não financeiras, como é o caso da COMPASS, que se dedica a operações de factoring.



Processo nº : 16327.001730/00-21
Recurso nº : 117.555
Acórdão nº : 201-76.043

Isto porque, tanto o art. 1º da Lei nº 5.143/66 supratranscrito quanto o art. 2º, inciso I, do Decreto 2.219/97, estabelecem expressamente que só há incidência do IOF sobre operações de crédito realizadas por instituições financeiras.

Em razão de as empresas de factoring serem eminentemente comerciais e em conformidade com a decisão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, que não considerou a COMPASS entidade equiparada às instituições financeiras, não resta qualquer dúvida acerca da não-incidência do IOF na hipótese.

Finalmente, parece inquestionável que as autoridades financeiras, apercebendo-se do não alcance da incidência do IOF sobre as operações de factoring e operações de mútuo realizadas por empresas não financeiras, através das Leis nºs 9.532/97 e 9.779/99, cuidaram de estabelecer tal incidência, o que, em face do princípio da irretroatividade prevista em nosso ordenamento jurídico, não alcança as operações arroladas, que serviram de base para a presente exigência, dado reportarem-se ao ano de 1997.

Em face de todo o exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário”.

Quero observar que os recursos empregados pela recorrente não foram obtidos no mercado, tratando-se de recursos repassados pela GM Brasil.

Desnecessário aduzir sobre os princípios da legalidade e da tipicidade. De observar que com a edição da Lei Complementar nº 104, de 2001, devem ser revistas posições sobre a elisão fiscal, todavia a aplicação desse dispositivo legal está a depender de lei regulamentadora.

Assim, por concordar com a fundamentação do acórdão que transcrevi, voto no sentido de dar provimento ao recurso para cancelar a exigência do IOF relativo às operações realizados no ano de 1997.

Sala das Sessões, 16 de abril de 2002.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES