

PARECER JURÍDICO

COOPERATIVAS DE CRÉDITO. IOF. DECRETO 6.339/08. INALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE ALÍQUOTA ZERO PREVISTA NA DECRETO 6.306/07.

Reginaldo Ferreira Lima Filho

1. Com o fim da CPMF, o governo buscou subterfúgios para a manutenção de sua receita e, conseqüentemente, de seus gastos. Tão logo a CPMF foi derrubada, foi editado o Decreto 6.339/08, o qual, através da majoração da alíquota do IOF (Imposto Sobre Operações Financeiras), busca minimizar o fim da antiga contribuição.

2. Nesse sentido, as cooperativas de crédito, que no antigo regime (Decreto 6.306/07) mantinham-se à margem da tributação por inexistência de alíquota (art. 8º, I e II), passaram a ser consideradas contribuintes em suas operações, de um adicional de 0,38% do IOF, conforme determinado pelo art. 1º, do Decreto n. 6.339/08.

3. O referido dispositivo alterou o Decreto 6.306, inserindo ao art. 8º, o parágrafo 5º, com a seguinte redação:

"Fica instituída, independentemente do prazo da operação, alíquota adicional de trinta e oito centésimos por cento do IOF incidente sobre o valor das operações de crédito de que tratam os incisos I, II, III, IV, V, VI, IX, X, XI, XII, XIV, XVI, XVII, XVIII, XIX e XXI"

4. Desde logo deve ser ressaltado que o artigo 8º, do Decreto 6.306 encontra-se sob o título "alíquota zero", o que não possibilita, sem análise profunda, definir se ocorre uma isenção ou uma não incidência.

5. Isso porque, pelo ambíguo termo "alíquota zero", subentende-se simplesmente a inexistência de multiplicador para a base de cálculo, o que pode decorrer de uma determinação do titular do suposto crédito tributário (isenção), ou ainda, da inexistência em função da natureza dos fatos, das operações ou do suposto sujeito passivo, quando ocorre o que se chama de não incidência tributária.

6. Pois com relação às sociedades cooperativas de crédito é essa segunda modalidade a que se verifica: não há, efetivamente, qualquer operação financeira, mas sim uma movimentação interna, caracterizada como ato cooperativo.

7. Não havendo operação financeira, não há o critério material do tributo, o que por si só seria suficiente para impedir a sua incidência. Contribuindo para isso, tem-se que o Imposto Sobre Operações Financeiras tem por base de cálculo o valor da operação financeira.
8. Ora, inexistindo operação financeira e sendo essa a base de cálculo, inexistente também possibilidade de se quantificar o tributo, sendo a atribuição de alíquota zero redundante para determinar-se a não incidência tributária do IOF sobre as atividades das cooperativas de crédito.
9. No entanto, a alteração formulada pelo Decreto 6.339/08 é clara ao "instituir" alíquota adicional de 0,38, sobre determinadas atividades, entre as quais as realizadas entre as cooperativas de crédito e seus sócios.
10. Deve ser ressaltado que não se trata de alíquota adicional, mas sim um novo tributo, uma vez que por "adicional", tem-se "o que se acrescenta a; acessório" na sua pura acepção (dicionário Houaiss), ou ainda "porcentagem que se acresce, em regra, na incidência, cobrada como aumento da tarifa instituída. Trata-se de "taxa adicional", que, por lei, poderá ser acrescentada a um tributo já existente.", conforme ensinamento de Maria Helena Diniz em seu Dicionário Jurídico.
11. Ou seja, quer pela definição pura, quer pela definição jurídica, tem-se que qualquer adicional depende de um principal, ao qual será somado. Trata-se de um acessório ao tributo principal.
12. No caso do IOF para as operações entre as cooperativas de crédito e seus sócios, não existe o tributo original, ou principal, ao qual o "adicional" será somado. O que foi "instituído" não foi uma alíquota adicional de 0,38%, mas sim um novo tributo, eis que nada era devido como tal imposto.
13. Assim, resta-se claro que o Decreto 6.339/08, ao incluir o § 5º ao art. 8º do Decreto 6.306/07 criou novo tributo incidente sobre as operações realizadas entre as cooperativas de crédito e seus sócios pois, no caso de um ente não incidente, a instituição de alíquota adicional equivale à criação de um novo tributo.
14. Porém, a criação de um novo tributo deve obedecer a uma série de requisitos formais básicos, sob pena da imputação não obter condições de validade para a sua exigibilidade.
15. O primeiro requisito é que o novo tributo seja criado por lei no seu estrito sentido. É o que prescreve o art. 150, I, da Constituição Federal, ao determinar que

**Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. (GRIFO NOSSO)**

16. Ou seja, para se criar um novo tributo, imperativo que tal criação seja realizada através de lei, sob pena de ferir-se o preceito constitucional da legalidade tributária.

17. Ora, o Decreto nada mais é que um ato administrativo, não tendo força de lei e, por conseguinte, incapaz de gerar um tributo. A se considerar a imputação de IOF às cooperativas de crédito um novo tributo, esse somente poderia ser criado por lei, sendo o decreto presidencial veículo normativo inadequado para a criação de tributo, por se tratar de um ato administrativo.

18. Ainda que se admita o absurdo de um tributo ser criado por ato administrativo, há de ser observado o chamado "princípio da anterioridade" que determina um tributo não pode ser exigido no mesmo exercício em que foi criado. Ou seja, como o "novo tributo" foi criado para as cooperativas de crédito em 03 de janeiro de 2008, somente poderia ser exigido a partir do exercício 2009. Isso porque a Constituição Federal, no mesmo art. 150 referido, veda ainda, em seu inciso III, "b", **a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.**

19. Por tal princípio, ainda que postos à terra todos os demais argumentos ora traçados, e ainda que o decreto que majorou o IOF possa ser considerado lei, qualquer efeito prático da tributação (cobrança), somente poderia ser efetivado no exercício subsequente.

20. Ante todo o exposto, somos forçados a concluir, com relação à materialidade na nova exação que:

- **As cooperativas de crédito jamais gozaram de qualquer benefício fiscal (isenção) com relação ao Imposto Sobre Operações Financeiras (IOF);**
- **A atribuição de alíquota zero às operações entre as cooperativas de crédito e seus associados assegurada pelo art. 8º, II, do Decreto 6.306 é redundante, uma vez que tais operações são consideradas "atos cooperativos", não se configurando como operações financeiras;ad**
- **As operações das cooperativas de crédito com seus associados não se sujeitam à incidência do IOF (não incidência tributária) por inexistência dos critérios material e quantitativos do tributo;**
- **Por não ocorrer a incidência, a instituição de "alíquota adicional" inserida pelo Decreto 6.339 trata-se na realidade de um novo tributo;**
- **Como novo tributo, somente poderia ser criado a partir de lei, e nunca a partir de ato administrativo como é o decreto;**
- **A se admitir o absurdo de considerar-se o decreto como veículo adequado, como novo tributo, o IOF somente poderia ser cobrado no exercício subsequente ao da sua instituição, ou seja, em 2009;**

- ***Na inconcebível hipótese em que as teses ora traçadas se derrubem, o aumento do tributo somente poderá ser exigido no exercício seguinte ao da publicação da lei que o aumentou, da mesma forma, em 2009.***

21. Ou seja, por todos os argumentos expostos, sem prejuízos de quaisquer outros, a instituição do IOF para as atividades das cooperativas de crédito através do Decreto 6.339/08 é completamente indevida, devendo ser repelida através das medidas judiciais apropriadas.

22. Como uma discussão judicial sobre o tema deve perdurar por um grande período, e a fim de garantir às cooperativas uma condição de segurança, sem que efetuem o pagamento da ilegal exação, entendemos como melhor medida a ação declaratória com o depósito voluntário dos valores ilegalmente cobrados como IOF.

23. A ação declaratória visa uma discussão mais ampla, a ser decidida com segurança, com possibilidade de realização de provas periciais, etc., sendo melhor que qualquer medida de força imediata (Mandado de Segurança, por exemplo), a qual por certo não irá exaurir a discussão sobre o tema.

24. Os depósitos voluntários são realizados para se promover a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme disposto no art. 151, II, do Código Tributário Nacional:

***Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
II – o depósito do seu montante integral.***

25. Ou seja, trata-se de medida de segurança à cooperativa e sua direção que, durante o curso da demanda não se sujeitará ao lançamento do tributo nem a qualquer autuação pelo seu não pagamento.

26. Não se recomenda o pagamento do tributo durante a discussão pois, em caso de êxito na demanda (no que efetivamente se acredita), a recuperação do crédito indevidamente pago é medida demorada e traumática, devendo ser evitada ante a flagrante ilegalidade da exação.

É esse, s.m.j., o entendimento sobre o tema.

São Paulo, 11 de janeiro de 2008.

Reginaldo Ferreira Lima Filho
Advogado