

Breve estudo sobre os riscos e conseqüências jurídico-patrimoniais do subfaturamento na transação imobiliária

Mauro Antônio Rocha

Advogado da Caixa em São Paulo

Pós-graduando em Direito Notarial e Registral (IBEST)

e em Direito Urbanístico (PUC/MG)

RESUMO

O presente estudo detalha os riscos e as conseqüências jurídico-patrimoniais da escrituração das transações imobiliárias por valor inferior ao efetivamente contratado, especialmente quanto à caracterização da simulação que vicia e invalida o ato, da tipificação do crime de falsidade ideológica e dos crimes de sonegação e de fraude tributária decorrentes do subfaturamento do preço, da constituição de indício de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens e valores e, também, quanto à possibilidade de prejuízo patrimonial no caso de anulação do negócio por alegada lesão ou evicção de direito.

Palavras-chave: Transação imobiliária. Subfaturamento. Simulação. Fraude Tributária.

ABSTRACT

This study details the risks and consequences of the bookkeeping of real estate transactions by value lower than actually hired especially on the characterization of simulation that can both addict and invalidates the act, the definition of the crime of falsehood, withholding tax and tax fraud from under pricing the original price, the formation of evidence of money laundering or concealment of assets and values and also to the possibility of injury asset *in* the case of cancellation of the deal by alleged injury or eviction of law.

Keywords: Real estate transaction. Subfaturamento. Simulation. Tax Fraud.

Introdução

Escriturar a transmissão da propriedade por valor menor ao efetivamente contratado é procedimento comum e regularmente utilizado no mercado imobiliário. De mecânica simplória, basta que os contratantes instrumentalizem a transação, de forma pública ou particular, declarando valor inferior ao real, efetuando o comprador o pagamento da diferença do preço por meio diverso daquele declinado no instrumento e objeto do recebimento e quitação pelo vendedor.

Essa divergência entre o preço real e o valor declarado corresponde ao *subfaturamento* da operação negocial, ilícito praticado no âmbito tributário mediante emissão de fatura parcial ou de valor menor ao efetivo preço de venda, com o objetivo de impedir a ocorrência do fato gerador ou de reduzir a base de cálculo do tributo.

No campo da prevenção e combate aos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores o subfaturamento na transação imobiliária constitui *indício* da proveniência ilícita dos recursos utilizados na aquisição do bem ou, por outro lado, da possível destinação desses recursos para a prática dos crimes previstos na Lei nº 9.613/98 ou com eles relacionados.¹

De outra parte, além de caracterizar o subfaturamento e indicar a ilicitude dos recursos, a escrituração da venda por preço inferior ao contratado tipifica o crime de falsidade ideológica e invalida o ato viciado pela simulação, expondo o adquirente ao risco de redução patrimonial no caso de anulação do negócio por alegada lesão ou evicção de direito.

Muito embora inúmeras as motivações pessoais e econômicas sugeridas para a adoção desse procedimento, qualquer que seja essa motivação, o objetivo almejado será sempre a *fraude* ou a *sonegação fiscal* e a *lavagem* ou a *ocultação de bens, direitos e valores*.

Ocorre que ao subdeclarar o valor da transação, muitas vezes com a interveniência profissional ou participação de terceiros, os contratantes distanciam-se da legalidade, sem demonstrar pleno discernimento ou conhecimento dos riscos e das conseqüências jurídico-patrimoniais que daí poderão advir.

A prática do subfaturamento beneficiará exclusivamente ao adquirente do imóvel, a quem compete, salvo convenção em contrário, o pagamento das despesas e dos impostos incidentes sobre a transmissão, nos termos do art. 490 do Código Civil, quando tiver por objetivo a redução da base de cálculo do imposto sobre a transmissão imobiliária ou, ainda, a redução do montante das custas e emolumentos incidentes sobre a transação. Beneficiará exclusivamente ao vendedor sempre que tiver como objetivo a redução da base de cálculo do imposto sobre o lucro imobiliário, salvo ajuste para repasse parcial ao comprador sob a

¹ Resolução COAF nº 14, de 23 de outubro de 2006.

forma de desconto sobre o preço. Poderá, ainda, beneficiar a ambos, propiciando ao comprador alcançar seu objetivo de ocultar parcialmente os recursos utilizados para a aquisição e ao vendedor o aproveitamento da base de cálculo reduzida para a incidência do imposto sobre o lucro imobiliário.

Entretanto, independentemente de quem tenha auferido o benefício, estará caracterizado o conluio² e os contratantes serão considerados co-autores e igualmente responsabilizados pelas ilegalidades praticadas, juntamente com qualquer outro terceiro que, de algum modo, tenha participado, intervindo ou concorrido para a prática do subfaturamento.³

2 Da simulação e da falsidade ideológica

Como assinala Caio Mário da Silva Pereira,

o preço tem de ser sério, traduzindo a intenção efetiva e real de constituir uma contraprestação da obrigação do vendedor. Se for fictício, não há venda, porém doação dissimulada, aplicando o art. 167 do Código Civil, que determina a subsistência do negócio jurídico que se dissimulou, se válido na substância e na forma e não violar direito de terceiro. Se for irrisório, venda também não há, por que um contrato em que se presencia o contraste aberrante entre valor da coisa e o preço nega-se a si mesmo.⁴

De acordo com o artigo 167 do Código Civil considera-se simulado o negócio jurídico que contém declaração não verdadeira, podendo sua nulidade ser requerida por qualquer interessado no desfazimento do negócio, subsistindo o negócio dissimulado, se válido for na substância e na forma.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

² Lei nº 4502/64, art. 73 – “ Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.”

³ Lei nº 8613/90, art. 1º “ Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

⁴ PEREIRA. Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12.ed. Rio: Forense, 2006. v.3.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado. (grifo nosso)

O subfaturamento enquadra-se na espécie de simulação relativa, pela qual pretendem as partes a realização do negócio, mas o fazem de forma a prejudicar direitos de terceiros ou em fraude à lei.

A simulação é produto de um conluio entre os contratantes, visando obter efeito diverso daquele que o negócio aparenta conferir. Não é vício do consentimento, pois não atinge a vontade em sua formação. É uma desconformidade consciente da declaração, realizada de comum acordo com a pessoa a quem se destina, com o objetivo de enganar terceiros ou fraudar a lei.⁵

Inobstante a invalidade jurídica decorrente da simulação, a referida conduta caracteriza também o crime de falsidade ideológica tipificado no artigo 299 do Código Penal.

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

No caso, restará configurado o crime da falsidade ideológica, pela inserção em documento, de declaração "falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato jurídico relevante", ao qual é cominada a pena de reclusão de um a três anos, se o documento é particular, ou de um a cinco anos, quando o documento é público.

Os delitos de falso, inclusive os de falsidade ideológica, são, em geral, formais e não exigem a efetiva produção de dano, bastando que a conduta apresente-se capaz de produzir prejuízo a terceiro. O prazo de prescrição da ação, para o crime de falsidade ideológica, é de doze anos, conforme artigo 109, inciso III, do Código Penal.

3 Da sonegação de impostos e da fraude fiscal

Já dissemos que, sob qualquer motivação, os objetivos finais almejados pelos contratantes com o subfaturamento serão sempre a fraude ou sonegação fiscal e/ou a lavagem ou ocultação de direitos e valores.

⁵ GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.440.

O subfaturamento pode caracterizar a fraude fiscal, conceituada no art. 72 da Lei nº 4.502/64, como “toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, a evitar ou diferir o seu pagamento” ou, ainda, a sonegação fiscal, conceituada no art. 71 da lei citada como “toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária”, da “ocorrência do fato gerador da obrigação principal, sua natureza ou circunstâncias materiais” ou “das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou crédito tributário correspondente”.

Ao escriturar a transação por valor inferior ao real, os contratantes omitem, falseiam e fornecem elementos inexatos às autoridades fazendárias, com o objetivo de frustrar a cobrança e o recolhimento de tributos exigíveis, nos prazos previstos em lei, com infração à legislação tributária, ficando sujeitos às sanções pecuniárias daí decorrentes.

Dispõe o artigo 1º da Lei nº 8.137/90, que “constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo” mediante a omissão de informação, prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias, inserção de elementos inexatos em documento exigido pela lei fiscal, emissão de documento que saiba ser falso ou inexato, entre outras condutas.

Igualmente, dispõe no artigo 2º, que constitui crime da mesma natureza “fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo”.

Portanto, ao permitir a sonegação de impostos, a atividade aqui tratada caracteriza os crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90, que define crime contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, pela intenção dolosa de suprimir ou reduzir tributo, presentes o elemento subjetivo do tipo penal – intenção de não pagamento – e o elemento objetivo – exigibilidade do tributo.

Configurada a fraude fiscal, as partes contratantes e terceiros participantes da operação estarão sujeitos à pena de reclusão de dois a cinco anos, para as condutas definidas no artigo 1º e de seis meses a dois anos de detenção para a conduta acima definida no artigo 2º.

Além de toda a responsabilidade civil e criminal, do ponto de vista econômico, poderão arcar com multas de mais de duzentos por cento calculadas sobre a totalidade ou diferença de imposto, além do pagamento do principal, com os acréscimos legais.

O adquirente ficará sujeito, também, ao aumento da carga tributária futura em razão da escrituração e correspondente declaração da aquisição do bem por valor inferior ao efetivamente pago, o que resultará na apuração de maior lucro imobiliário por ocasião da alienação do mesmo bem.

4 Da lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores

O crime da lavagem de dinheiro caracteriza-se por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens ou valores, de origem ilícita. À conduta que busca a regularização e legalização de dinheiro obtido em atividades ilícitas, com o objetivo de introdução desses recursos na economia formal dá-se o nome de lavagem de dinheiro.

Do subfaturamento da operação imobiliária, por possibilitar a ocultação de parte dos recursos utilizados para a transação, restará configurada a lavagem de dinheiro se esses recursos tiverem por origem operações anteriores consideradas criminosas ou, ainda, se esses mesmos recursos estiverem destinados à realização ou participação nessas atividades.

De acordo com o item 8 do anexo à Resolução nº 14/2006 do Conselho de Controle das Atividades Financeiras (COAF), transações com aparente superfaturamento ou subfaturamento de imóveis estão entre as operações que podem constituir-se em indícios da prática dos crimes previstos na Lei nº 9.613/98 ou com eles relacionados.

A referida lei define condutas que constituem crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, dentre eles, “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime” de tráfico de entorpecentes ou drogas afins, terrorismo e seu financiamento, contrabando ou tráfico de armas, munições etc., extorsão mediante seqüestro, crimes contra a administração pública, sistema financeiro nacional, praticado por organização criminosa ou por particular contra a administração pública estrangeira.

A lei estipula a pena de três a dez anos de reclusão e multa, incorrendo nas mesmas penas quem contribui para transformar em ativos lícitos os recursos oriundos daquelas atividades criminosas, bem como aquele que utiliza esses bens, direitos ou valores que sabe provenientes dos crimes antecedentes referidos, na atividade econômica ou financeira.

5 Da lesão e da evicção de direito

Além de praticar ou compactuar com práticas criminosas como a falsidade ideológica, a sonegação tributária, a fraude fiscal, e, eventualmente, a lavagem e ocultação de direitos e valores, e de ficar sujeito à nulidade do negócio jurídico por simulação, com todas as conseqüências civis e criminais daí decorrentes, o adquirente fica sujeito a severos prejuízos patrimoniais.

A evicção ocorre quando o adquirente perde a posse, o uso ou a propriedade do bem, por sentença judicial em conseqüência de vício precedente ao contrato que o conferira ao comprador.

Dispõe o Código Civil, no art. 450 que, nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será o alienante obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que não se tenha excluído expressamente essa responsabilidade.

Com a perda judicial da coisa, tem o adquirente, nos limites da lei, a faculdade de voltar-se contra o alienante para exigir que este restitua integralmente o preço pago, mais as despesas com o contrato, honorários de advogado e custas judiciais na ação que lhe impôs a evicção

O preço, dispõe o parágrafo único do mesmo artigo 450, “seja a evicção total ou parcial, será o do valor da coisa, na época em que se eventueu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial”

Ocorre que a restituição do preço pago será pleiteada em ação própria – indenizatória, com os documentos comprobatórios exigidos, dentre os quais o instrumento particular ou público da transação, de forma que o valor da indenização requerida será o valor lançado no instrumento e não aquele efetivamente pago pelo adquirente.

Visto que, na simulação maliciosa, as pessoas que participam do ato estão movidas do propósito de violar a lei ou prejudicar alguém, não poderão arguir o defeito, ou alegá-lo em litígio de uma contra a outra, pois o direito não tolera que alguém seja ouvido quando alega a própria má-fé.⁶

De outro lado, o Código Civil Brasileiro considera defeito do negócio jurídico, anulável, portanto, o contrato firmado por pessoa sob premente necessidade, ou inexperiente, que se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.⁷

Ao defeito acima, dá-se o nome de lesão. A lesão decorre do enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento de outra parte contratante que receberá valor inferior aos valores vigentes ao tempo da celebração do negócio, ou será obrigado a pagar um valor abusivo.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira,⁸ lesão é “o prejuízo que uma pessoa sofre na conclusão de um ato negocial, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes”.

A doutrina distingue a lesão em *lesão enorme*, quando o bem objeto do contrato vale o dobro do preço pago, fundada na injustiça do contrato em si, como defeito objetivo do contrato e *lesão enormíssima*, quando essa desproporção atinge dois terços do valor real do bem, fundada no dolo com que se conduz aquele que tira proveito desarrazoado do negócio jurídico.

A lesão qualificada “ocorre quando o agente, premido pela necessidade, induzido pela inexperiência ou conduzido pela leviandade, rea-

⁶ PEREIRA. Caio Mario da Silva. 2006. p. 460.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

⁸ PEREIRA. 1974. p. 470.

liza um negócio jurídico que proporciona à outra parte um lucro patrimonial desarrazoado ou exorbitante da normalidade.”

O item II, do art. 171 do Código Civil é bastante claro, ao dispor que “além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico [...] por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”

Ainda em conformidade com o art. 177 do CC, “a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.”

Conclusão

Resta claro que esses riscos jurídicos e patrimoniais a que estão sujeitos os participantes da operação de transmissão de propriedade imobiliária subfaturada nem sempre são conhecidos ou devidamente sopesados pelos contratantes. De um lado, as autoridades fazendárias dispõem atualmente de um complexo sistema de cruzamento de dados financeiros e fiscais que permitem a detecção de movimentações atípicas de recursos, facilitando a descoberta de fraudes fiscais, financeiras e econômicas. Para tanto, os serventuários da justiça, responsáveis por Cartório de Notas, de Registro de Imóveis e de Títulos e Documentos, estão obrigados a fazer comunicação a Secretaria da Receita Federal, através da Declaração sobre Operações Imobiliárias, dos documentos lavrados, anotados, matriculados, registrados e averbados em seus cartórios e que caracterizem aquisição ou alienação de imóveis, realizada por pessoa física ou jurídica, independentes do valor declarado pelas partes ou utilizado para o cálculo dos impostos incidentes sobre a transmissão de bens imóveis, assim como, as pessoas jurídicas que fazem o trabalho de intermediação das transações imobiliárias estão obrigadas a informar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) todas as transações excedentes a cem mil reais.

De outro lado, por conta da evicção de direito e do instituto da lesão, são enormes os riscos patrimoniais a que se expõem os adquirentes ao admitir a escrituração da operação por valor menor que o efetivamente contratado.

Portanto, apartados os casos de efetiva lavagem de dinheiro e ocultação de valores, podemos concluir ser mais conveniente e prudente que os contratantes procurem aproveitar melhor as possibilidades de isenção do imposto sobre o lucro imobiliário, bem como as possibilidades legais de redução da base de cálculo previstas na Lei nº 11.196/2005.⁹

⁹ Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.

Referências

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v.1.

Idem. **Instituições de Direito Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.