

As operações de “factoring” e o Imposto sobre Operações Financeiras

Paulo de Barros Carvalho

Sumário: 1. Introdução; 2. Das operações de “factoring” – características e natureza; 3. O subsistema constitucional tributário brasileiro, o princípio da estrita legalidade e o princípio da tipicidade da tributação; 4. Princípios gerais de direito privado: algumas regras de interpretação; 5. O conceito de tributo e sua natureza; 6. A subsunção do conceito do fato ao conceito da norma; 7. Do Imposto sobre Operações Financeiras – IOF: sua hipótese de incidência; 8. As operações de “factoring” e o critério material do imposto sobre operações financeiras; 9. Respostas às indagações formuladas.

1. Introdução

Qualquer trabalho que pretenda assumir foros de seriedade científica há de pressupor uma linha diretiva apta a demonstrar, a cada instante, o grau de desenvolvimento do raciocínio, o estágio de elaboração das variadas idéias e o esquema de concatenação que o autor julgar apropriados para organizar a pesquisa e apresentar os resultados pretendidos.

Assim, a referência ao método é de substancial interesse ao leitor, pois facilita, sobremaneira, o acompanhamento seguro dos conceitos expostos, permitindo, àquele que lê, a possibilidade de aferir a consistência do raciocínio e a coerência do discurso. Sem a adoção de um plano metodológico definido e conveniente ao arranjo descritivo, o esforço poderia significar a somatória de informações e de dados que diriam sobre o assunto sem tocar-lhe a índole; esclareceriam a matéria, sem apreender-lhe a natureza. Mas, se a declaração

antecipada dos caminhos que serão percorridos tem o condão de favorecer o entendimento das idéias que se entrelaçam, por outro lado se apresenta como ameaça constante para desvelar os tropeços e equívocos que o trabalho abriga, servindo de índice implacável de seus desacertos e de suas contradições. Esse risco, todavia, não há de ser contornado.

Tomarei o direito positivo em vigor no Brasil como um corpo de linguagem prescritiva que se dirige à região material da conduta humana, nas suas relações de intersubjetividade. Simplesmente opto, dentro da pluri-dimensionalidade com que se apresenta o fenômeno jurídico, pelo segmento da linguagem, como algo inerente e indissociável a toda e qualquer manifestação do direito. Se procede a proposição afirmativa segundo a qual onde houver direito haverá sempre normas jurídicas, não menos verdade será que, ali onde houver regras de direito haverá, necessariamente, uma linguagem em que elas se manifestem. E é pelo *factum* da linguagem que me proponho ingressar no seu estudo, para poder observá-lo e conhecê-lo na sua intimidade constitutiva.

Temos que os estudos convencionais nos indicam diversos métodos interpretativos, dentre eles, o literal, o histórico, o lógico, o teleológico e o sistemático. Entretanto, as modernas investigações da Hermenêutica Jurídica orientam nosso pensamento para outra conclusão, aparentemente mais simples: se a norma é jurídica, porque pertence a um dado sistema de direito positivo, somente pode ser compreendida com base no conhecimento desse sistema. A tarefa de interpretar qualquer unidade do direito positivo é, portanto, uma função da estrutura sistêmica de que faz parte, comparecendo a chamada técnica de interpretação literal como mero pressuposto para o ingresso no interior do sistema. Ninguém poderá imitar-se no conhecimento da ordem jurídico-positiva, sem travar contato com o suporte físico (texto) do produto legislado. É a partir dele, portanto, que apoiaremos o método do estudo ora proposto.

Cravando o pressuposto da imprescindibilidade de uma metodologia para toda Ciência que pretenda resultados sérios, formularemos, em seguida,

indagações acerca do tema ora proposto, com o intuito de tomá-las como fio condutor para a análise que se seguirá.

Questão 1: Em que consiste a operação de “factoring”? Quais as vantagens em se optar pela factorização?

Questão 2: É possível equiparar as atividades das instituições financeiras às atividades das empresas “factoring”? A cessão de crédito da empresa factorizada à empresa factor – factorizador – poderia ser equiparada à operação de crédito das instituições financeiras?

Questão 3: Qual é o critério material do IOF? É possível presumir a ocorrência da hipótese de incidência do IOF nas operações de “factoring”?

2. Das operações de “factoring” – características e natureza

Em tempos passados, quando o comércio era baseado nas trocas de mercadorias, surgia a figura do agente mercantil para facilitar o levantamento de recursos indispensáveis a fim de que o comerciante pudesse tocar e girar seus negócios, mesmo porque inexistia moeda. Por esse modo, comprar créditos comerciais para obter recursos é prática das mais remotas épocas da civilização.

Na fase dos descobrimentos, com a conquista dos territórios ultramarinos, foram estabelecidas nas colônias as “factorias”, que representavam centro comercial convergente entre a Metrópole, as colônias e os povos vizinhos. Nos Estados Unidos da América, ainda colônia da Inglaterra, os “*factors*” não apenas administravam os estoques de produtos, mas garantiam o pagamento como agentes *del credere*.

Com a venda dos créditos, que advinham da comercialização dos bens, pelos produtores ou fornecedores, os “factors” sentiram-se no direito de cobrá-los como se seus proprietários fossem. O “factor”, que a princípio se limitava a prestar serviços de comercialização, distribuição e administração, passou a exercer o papel de fornecedor de recursos.

Procurando as raízes históricas, observamos que a “faturização” – em tradução livre – encontra origens no próprio direito comercial: ambos apareceram em razão das necessidades próprias de uma época. Assim como o segundo decorreu de desdobramento do direito romano-canônico então vigente, a primeira derivou de soluções ditadas por exigências econômicas. Com o desenvolvimento das colônias, o comércio reclamava por institutos que pudessem contribuir para a superação dos novos problemas surgidos, tais como a precariedade das vias de comunicação, a distância entre o local da produção dos bens a serem comercializados e o de sua efetiva comercialização, os riscos inerentes ao próprio transporte das mercadorias e, ainda, a necessidade de conhecer, à distância, os desejos da clientela e a forma mais adequada de colocar os produtos.

Acompanhando o passar dos anos, a “faturização” sofreu modificações importantes, advertindo alguns estudiosos que teria perdido o caráter comercial, assumindo feição nitidamente financeira, em virtude dos novos mecanismos de troca surgidos com a expansão industrial. Outros, contudo, não vêem a possibilidade de generalização, em face das características comerciais que permeiam toda a atividade.

No Brasil, a Circular nº 703 do Banco Central, editada em 1.982, pretendeu esclarecer a natureza daquelas operações de “faturização”, bem como reservar a competência do Conselho Monetário Nacional para disciplinar a matéria, dispondo que as operações conhecidas por “factoring”, compra de faturamento ou denominações semelhantes, nas quais ocorrem a aquisição, administração e garantia de liquidez dos direitos creditórios de pessoas jurídicas, decorrentes do faturamento da venda de seus bens e serviços, apresentam, na

maioria das vezes, características e particularidades parecidas com aquelas privativas de instituições autorizadas pelo Banco Central.

Em 1.982, após longa caminhada para decifrar e adequar o conceito de “factoring”, ficou estabelecido que poderia servir, principalmente, como apoio técnico, administrativo e gerencial às pequenas e médias empresas. No ano de 1.986, o Tribunal Federal de Recursos, de forma unânime e irrecorrível, decidiu que “factoring” é **atividade essencialmente comercial**. Por conseguinte, o Banco Central editou a Circular nº 1.359/88, reconhecendo a atividade como **“comercial não-financeira”**.

Tecidas essas notas, posso asseverar que a operação de “factoring”, elaborada por intermédio de contrato atípico, consiste na prestação de serviços pela empresa de “factoring” (“factor”) à empresa vendedora de mercadorias ou prestadora de serviços (“faturizada”), serviços esses que vão além da aquisição de faturamento, para abranger cadastramento de compradores e clientes, obtenção de informes sobre a situação econômico-financeira desses últimos, cobrança de títulos, repactuação da fórmula de recebimento de créditos e outras atividades correlatas, podendo compreender toda a gama dessas atividades ou apenas parte delas, conforme avenças firmadas pelas partes. Algumas características podem ser extraídas dos tópicos relacionados:

- O contrato de “factoring” acarreta a cessão do faturamento da empresa faturizada à empresa “factor”, sem direito de regresso desta contra aquela, correndo, portanto, por conta desta última os riscos da cobrança e respondendo, a empresa faturizada, apenas pela existência e regularidade dos créditos em sua origem. Com isso, o “factor” torna-se proprietário definitivo e irreversível, desde o ato de cessão, dos créditos perante os compradores e clientes da empresa faturizada, passando a operar na cobrança, em seu próprio nome.
- A remuneração da empresa de “factoring” é estipulada em percentagem do faturamento a ela cedido, e estabelecida em correlação com o maior ou menor

conjunto de ações requeridas do “factor”, além do grau de risco nos recebimentos dos créditos, que será determinado em função dos aspectos anteriormente mencionados.

- O pagamento dos créditos pelo “factor” à empresa faturizada pode ser feito antecipadamente, no ato da cessão, ou na data do vencimento dos créditos. Havendo pagamento antecipado aos vencimentos dos créditos cedidos, na fixação do valor da remuneração do “factor”, será considerado o custo financeiro correspondente.
- O objeto do contrato de “factoring”, embora possa ter tríplice função (gestão de faturamento e crédito, garantia e, no caso de pagamento antecipado à empresa faturizada, uma forma de financiamento) não há de ser confundido com qualquer outro, especialmente o de seguro de crédito, o de desconto de títulos e o de financiamento.

A cessão de crédito na operação de “factoring” desenvolve-se de duas maneiras:

- a) nos termos do Código Civil, sem a emissão de título de crédito e/ou;
- b) nos termos do direito comercial, mediante a emissão de título de crédito.

Para o Código Civil, a cessão se faz mediante instrumento público ou particular, revestido das formalidades de estilo previstas no §1º do art. 654 do CC/02. O cedente não responde pela solvência do devedor, mas apenas pela existência do crédito no momento da cessão, observada a disposição do Código que excepciona tais situações quando presente cláusula proibitiva de cessão, constante do instrumento da obrigação e, conjuntamente, avaliada boa-fé do

cessionário. No mais, a cessão somente vale quanto ao devedor se for ele devidamente notificado.

Por outro lado, nos domínios do direito comercial, a figura do “factoring” estaria facilitada pela presença de títulos de crédito, entre eles a “duplicata”, peculiar à venda mercantil e de fácil circulação.

MARIA HELENA DINIZ define a atividade, como sendo um:

“Contrato em que um industrial ou comerciante (faturizado) cede a outro (faturizador), no todo ou em parte, os créditos provenientes de suas vendas mercantis a terceiro, mediante o pagamento de uma remuneração, que consiste no desconto sobre os respectivos valores, ou seja, conforme o montante de tais créditos. Esse contrato que se liga à emissão e a transferência de fatura, é uma técnica de mobilização do preço oriundo de vendas comerciais. Constitui, na verdade, um financiamento de créditos a curto prazo, ligado à necessidade de reposição de capital de giro. Apresenta-se, portanto, como uma técnica financeira de gestão comercial, tendo tríplice objetivo: a) a garantia prestada pelo ‘factor’, que consiste na liquidação dos créditos cedidos pelo menos no vencimento, podendo, ainda, haver antecipação no ‘conventional factoring’; b) a gestão comercial, ou gestão de créditos, ante a interferência do faturizador (factor) nas operações do faturizado, selecionando seus clientes, fornecendo-lhes informações sobre o comércio em geral e prestando serviços que diminuam seus encargos comuns; c) o financiamento da empresa faturizada, na medida em que o faturizador adquire seus créditos, pagando-os ao faturizado, e assume o risco com a cobrança e o não-pagamento das contas, sem ter direito de regresso contra aquele, isto é, em caso de falta de pagamento, deverá arcar sozinho com os prejuízos”¹

Em apertada síntese, o “factoring” (função específica e exclusiva) assume o conjunto de operações e responsabilidades contábeis, de recuperação de créditos com os clientes de uma empresa industrial ou comercial. Dessa maneira, a empresa “faturizada” fica liberada de eventuais problemas contábeis, recuperação de crédito e contencioso, cedendo às mãos do “faturizador”. É, portanto, uma forma de permitir que determinado segmento da economia possa desenvolver-se possibilitando que um empresário-produtor aliene os direitos creditórios de sua produção aos empresários de “factoring” (serviços), que o

¹ *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva: 1998, Vol. 2, p. 500.

substituí e passa a ser o verdadeiro titular daquela operação mercantil. Não há a intermediação bancária, o que reduz o custo operacional, e as empresas passam a receber a produção alienada com deságio, sendo o diferencial entre o valor do título final e o pago para a empresa “faturizada”, a receita da empresa de “factoring”.

Diferentemente, as operações bancárias propõem-se realizar funções econômicas do crédito e versam sobre captação de capitais móveis e sua aplicação. Nas operações bancárias, portanto, a intermediação especulativa é o elemento caracterizador do ato de comércio, versando sobre os dois pólos: captação e colocação de valores pecuniários. Quer isso significar que conquanto possam ser encontrados, na faturização, elementos símiles àquel’outros próprios de instituições financeiras – adiantamento, desconto e financiamento –, tais operações são realizadas com recursos próprios, além de não se acharem sob controle do Banco Central, não sendo revestidas das mencionadas qualificações inerentes às entidades bancárias, principalmente intermediação especulativa.

Para o direito civil, o contrato de “factoring”, considerado como “cessão de crédito” é *“um ato jurídico não criador, mas meramente transmissor da titularidade do crédito, no qual ressalta a substituição do primitivo credor pelo seu atual adquirente, enquanto subsiste objetivamente inalterado”*, na lição sempre precisa de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. A disciplina do Código Civil de 1916 encontrava-se no artigo 1.065, nos seguintes termos:

“O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor.”

Hoje, apresenta-se, no Código Civil de 2002, no seu artigo 286, que, ao repetir a letra da lei anterior *ipsis verbis*, complementou:

“(…); a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.”

Enfim, “factoring” é operação segundo a qual uma empresa adquire, mediante **cessão onerosa**, a totalidade ou parte de créditos líquidos oriundos da atividade empresarial de outra, mediante o pagamento de taxa remuneratória, sem direito de regresso.

A Lei n. 4.595, de 31.12.64, dispôs sobre as instituições monetárias, bancárias e creditícias, criando o Conselho Monetário Nacional e estabelecendo características específicas para a identificação de instituições financeiras, no sentido de a elas equiparar as pessoas jurídicas ou físicas que prestassem qualquer serviço ali incluído, acatando-os como se tivessem a mesma natureza, se bem que não sujeitos ao controle e fiscalização dos órgãos citados, o que deixa mais claro ainda o entendimento de que a compra de direito creditório não constitui operação de crédito, atividade **típica de instituição financeira**, não reunindo os pressupostos do art. 17, quais sejam: *coleta, intermediação e aplicação de recursos próprios ou de terceiros*.

Com efeito, a caracterização jurídica do “*factoring*” não dá espaço a que possa ser confundida com operação de crédito, compra e venda de mercadorias ou, até mesmo, prestação de serviços na parcela relativa à diferença entre o valor nominal do crédito e o preço da cessão, se não houver prestação de serviços de assessoria creditícia mas, tão somente, assunção de riscos com alienação de créditos. WALDIRIO BULGARELLI assim se exprime:

“A operação de *factoring* repousa na sua substância, numa mobilização dos créditos de uma empresa: necessitando de recursos, a empresa negocia os seus créditos cedendo-os à outra, que se incumbem de cobrá-los, adiantando-lhe o valor desses créditos (‘conventional factoring’) ou pagando-os no vencimento (‘maturity factoring’); obriga-se contudo a pagá-los mesmo em caso de inadimplemento por parte do devedor da empresa”.²

Na trajetória o raciocínio supra, também está o entendimento manifestado pelo Poder Judiciário, como se verifica no seguinte acórdão:

² *Contratos Mercantis*. 9^a ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 533.

“Ora, a realização de empréstimos, com meios próprios e sem captação de recursos de terceiros não se pode equiparar às atividades específicas das instituições financeiras, que consistem, como expresso no texto legal, na ‘coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros’. O traço característico das chamadas ‘financeiras’ é a captação de recursos do público em geral para investimentos financeiros, cujos resultados são atribuídos aos respectivos subscritores”³.

Em outra oportunidade, decidiu o Colendo Tribunal:

“Atuação como instituição financeira. Somente com a conjugação dos três pressupostos do caput do art. 17 da Lei n.º 4.595, de 1964 – coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros – se há caracterizado a atividade privativa de instituição financeira”⁴.

O órgão administrativo encarregado de examinar a matéria - Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) - vem decidindo assim:

“Recurso Voluntário – Exercício de atividades típicas de instituição financeira sem a competente autorização do Banco Central do Brasil – Simulação – Venda financiada de veículos com recursos captados de exportadores – Irregularidade não configurada – Apelo provido... Vistos, relatados e discutidos os presentes autos ... Julgou o CRSFN que, mesmo analisando globalmente, as operações em tela (cessões de crédito de exportação e contratos de assunção de dívidas ligadas à venda de veículos) não se apresentaram de forma dissimulada e tampouco resvalaram na intermediação financeira, caracterizada pela captação de recursos do público e subsequente empréstimos a terceiros”⁵.

“Comercial – “Factoring”- Atividade não abrangida pelo sistema financeiro nacional – Inaplicabilidade dos juros permitidos às instituições financeiras.

I – O “factoring” distancia-se de instituição financeira justamente porque seus negócios não se abrigam no direito de regresso e nem na garantia representada pelo aval ou endosso. Daí que nesse tipo de contrato não se

³ Habeas Corpus n.º 2.555 – Espírito Santo, sendo Relator o Ministro Godoy Ilha – 2ª Turma do TFR – Ac. de 09-08-1971.

⁴ Ap. Criminal n.º 3.168 – Paraná – Acórdão de 20-4-79 – 4ª Turma – DJ de 13-6-79.

⁵ Recurso n.º 2.970 – 178ª Sessão Rel. José Fernando Monteiro Alves.

aplicam os juros permitidos às instituições financeiras. E que as empresas que operam com o “factoring” não se incluem no âmbito do sistema financeiro nacional.

II – O empréstimo e o desconto de títulos, a teor de art. 17, da Lei 4.595/64, são operações típicas, privativas das instituições financeiras, dependendo sua prática de autorização governamental.

III – Recurso não conhecido”⁶.

Visto como foi, o “factoring” não envolve operação de crédito, assim considerada aquela pela qual se tem a aquisição presente de qualquer coisa que tenha valor (dinheiro, bens ou serviços) em troca de promessa de devolução futura, pois que, em tal modalidade, o faturamento da empresa, representado pelos créditos oriundos de venda ou de prestação de serviços, é cedido ao “factor” em caráter definitivo e a empresa cedente não assume qualquer responsabilidade pela liquidação dos créditos, nos seus vencimentos, pelos respectivos clientes ou devedores. Também, no contrato de “factoring” o preço de aquisição do faturamento representado pelos créditos cedidos pode ser feito pelo “factor” no ato da transferência do faturamento ou no vencimento de cada crédito cedido, conforme seja estipulado no contrato.

A atividade da empresa, seja pessoa jurídica ou física, que tenha por objeto o contrato de “factoring”, abarca características próprias, demonstradas ao longo deste trabalho e sintetizadas no quadro abaixo:

FACTORING	INSTITUIÇÃO FINANCEIRA
Atividade comercial não-financeira	Realiza funções econômicas do crédito
Contrato atípico: cessão de faturamento da empresa faturizada à empresa factor, sem direito de regresso desta contra aquela – assunção de risco com	Atividade típica: operações de crédito

⁶ Recurso Especial não conhecido, unânime – STJ – RESP 119705/RS.

alienação de crédito	
Não controlada pelo Banco Central	Controlada pelo Banco Central
Factor é proprietário definitivo e irreversível dos créditos da faturizada	Captação de capitais móveis e sua aplicação
Operações são realizadas com recursos próprios, devidamente autorizadas por lei.	Operações utilizadas com recursos de terceiros
Factor age em nome próprio quando da cobrança	Age, não raras vezes, em nome do cedente
Remuneração: percentagem do faturamento cedido, de acordo com o conjunto de ações requeridas do factor	Vários tipos de remuneração
Pagamento dos créditos: pode ser efetuado tanto no ato da cessão como na data do vencimento do crédito	
Não há intermediação bancária, o que reduz os custos operacionais	A intermediação é inerente às suas atividades
Receita da factoring: diferencial entre o valor do título final e o pagamento para a empresa faturizada	Diversos tipos de receitas
Recuperação de crédito: riscos de inadimplência por conta da empresa factor	Em muitas operações, não corre o risco de inadimplência

Postuladas as características das operações de “factoring” e suas diferenças com as atividades das instituições financeiras, cumpre, agora, empreender análise nos domínios do sistema tributário, para situar cada qual

perante a hipótese de incidência do tributo sobre operações financeiras (“IOF”). Iniciemos este percurso cognitivo a partir dos mais altos escalões do ordenamento avançando em direção aos domínios mais específicos da matéria ora tratada, apreendendo o ordenamento em sua completude e complexidade.

3. O subsistema constitucional tributário brasileiro, o princípio da estrita legalidade e o princípio da tipicidade da tributação

O conceito de sistema incide em todas as regiões ônticas: no mundo dos objetos naturais, ideais, metafísicos e culturais. Falamos em sistema nervoso, sistema solar, sistema social, sistema jurídico e outros mais. Aquele que particularmente nos interessa é o sistema jurídico, locução que se refere tanto ao direito positivo, quanto à Ciência que o descreve.

Da concepção global de sistema jurídico-positivo, tomada a expressão como conjunto de normas, associadas segundo critérios de organização prescritiva, e todas elas voltadas para o campo material das condutas intersubjetivas, extraímos o subsistema das normas constitucionais e, dentro dele, outro subsistema, qual seja o subsistema constitucional tributário. Pode dizer-se, ainda em traços largos e sobremodo abrangentes, que as unidades integrantes são as normas constitucionais que versem, direta ou indiretamente, a matéria tributária.

Esse subsistema é fortemente marcado por enunciados de cunho axiológico, revelando a orientação do legislador constituinte em impregnar as normas de inferior hierarquia com uma série de conteúdos de preferência por núcleos significativos. São os princípios constitucionais tributários, que muito interessarão ao esclarecimento das questões sobre a imposição da tributação a título de IOF nas operações praticadas pelas “factorings”.

O primeiro é o cânone da *legalidade*, projetando-se sobre todas as províncias do direito, e inserido no art. 5º, inciso II, do Texto Constitucional

vigente: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No setor do direito tributário, porém, o imperativo ganha feição de maior severidade, por força daquilo que se conclui da leitura do art. 150, I, do mesmo Diploma: “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”. Em outras palavras, qualquer das pessoas políticas de direito constitucional interno somente poderá instituir tributos, isto é, estipular a regra-matriz de incidência, ou aumentar os existentes, majorando a base de cálculo ou a alíquota, mediante expedição de lei. Quadra advertir que a mensagem não é dirigida somente ao legislador das normas gerais e abstratas, mas, igualmente, ao administrador público, ao juiz e a todos aqueles a quem incumba cumprir ou fazer cumprir a lei. No desempenho das respectivas funções, a todos se volta o mandamento constitucional, que há de ser cumprido. Para qualquer tipo de imposição tributária que se pretenda instituir, o legislador (em sentido amplo) há de curvar-se aos ditames desse primado, conquista secular dos povos civilizados, que permanece como barreira intransponível para os apetites arrecadatários do Estado-Administração.

Em linha de princípio, o veículo introdutor da regra-matriz de incidência tributária, no ordenamento, há de ser sempre a lei, todavia, o princípio da *legalidade estrita* vem acrescer os rigores procedimentais em matéria de tributo, dizendo mais do que isso, para estabelecer que a lei adventícia traga, no seu bojo, *todos* os elementos descritores do fato jurídico e *todos* os dados prescritores da relação obrigacional. Esse *plus* caracteriza a tipicidade tributária, que significa a exata adequação do fato à norma, e, por isso mesmo, o surgimento da obrigação se condicionará ao evento da subsunção, que é a plena correspondência entre o fato imponible e a hipótese de incidência.

Não se verificando o perfeito quadramento do fato à norma, não nascerá obrigação tributária alguma. Nesse percurso, *ou ocorre* a subsunção do fato à regra-matriz de incidência, *ou não ocorre*, afastando-se terceira possibilidade.

Perfaz-se aqui, a eficácia da lei lógica do terceiro excluído: a proposição “p” é verdadeira ou falsa, não se admitindo situação intermediária.

Em síntese: sem lei anterior que descreva o fato imponible, obrigação tributária não nasce (princípio da legalidade); sem subsunção do evento à hipótese normativa, também não (princípio da tipicidade). Ambas são condições necessárias para o estabelecimento do vínculo patrimonial válido: o desrespeito a esses cânones fulminará, decisivamente, qualquer pretensão de cunho tributário.

Muitas vezes, na solução de problemas concretos, o estudioso se preocupa com a circunstância de ater-se com desdobramentos de ordem teórica, sem ligação mais direta com a *praxis*. Acode-lhe a dúvida sobre a utilidade das elaborações teóricas, tendo em vista a decisão que precisa tomar, abrindo espaço à ansiedade e à hesitação. Contra esse tipo de inquietude, PONTES DE MIRANDA (“O Problema Fundamental do Conhecimento”) foi incisivo: *não há diferença entre a teoria e a prática. Aquilo que existe é o conhecimento do objeto: ou se conhece o objeto ou não se conhece o objeto*. E o mestre LOURIVAL VILANOVA (“Causalidade e Relação no Direito”), com sua objetividade e rigor de estilo sempre presentes, focalizando o tema do direito, assertou: *o jurista é o ponto de intersecção entre a teoria e a prática, entre a ciência e a experiência*.

Refletindo sobre tais aspectos convém examinar, mais de perto, os princípios diretamente ligados ao nosso estudo.

4. Princípios gerais de direito privado: algumas regras de interpretação

Se o direito positivo, como vimos, é uma camada lingüística vazada em termos prescritivos, com um vetor dirigido ao comportamento da sociedade, nas relações intersubjetivas, é natural que exija, para seu amplo conhecimento, o desvendar do conteúdo legislado, obedecendo à hierarquização e, de modo especial, aos rígidos princípios estatuídos no Texto Constitucional.

Dentro desse quadro, e passando ao largo de outros itens que não serão desenvolvidos neste trabalho, convém ingressar no exame de alguns princípios constitucionais gerais que não podem ser modificados pelo legislador para produzir efeitos tributários. Assim é, não porque estejam arrolados nos artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional, mas, sim, como imposição lógica da hierarquia de nosso sistema.

Os comandos estatuídos na Lei nº 5.172/66 (CTN), conquanto redigidos de forma aparentemente inovadora, não podem senão absorver, no seu texto, os imperativos constitucionais. Vejamos:

“Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

O empenho do constituinte cairia em solo estéril se a lei infra-constitucional pudesse ampliar, modificar ou restringir os conceitos utilizados naqueles diplomas para desenhar as faixas de competências oferecidas às pessoas políticas. A rígida discriminação de campos materiais para o exercício da atividade legislativa dos entes tributantes, tendo estatura constitucional, por si só já determina essa inalterabilidade. Em todo caso, é apenas oportuna a lembrança, que o artigo 110 do Código Tributário Nacional aviva, já que não gera modificações no ordenamento jurídico.

ALFREDO AUGUSTO BECKER é peremptório ao dizer que:

“Não existe um legislador tributário distinto e contraponível a um legislador civil ou comercial. Os vários ramos do direito não constituem compartimentos estanques, mas são partes de um **único** sistema jurídico, de modo que qualquer regra jurídica exprimirá sempre uma **única regra**

(conceito ou categoria ou instituto jurídico) válida para a **totalidade** daquele **único** sistema jurídico. Esta interessante fenomenologia jurídica recebeu a denominação de **cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico.**⁷. (Grifamos)

Conclui, mais adiante, o ilustre jurisconsulto:

“Em resumo: as regras jurídicas que geram as relações jurídicas tributárias são regras jurídicas organicamente enquadradas num **único** sistema que constitui o ordenamento jurídico emanado de um Estado. Desta homogeneidade sistemática (homogeneidade essencial para o funcionamento de qualquer organismo e, portanto, essencial para a **certeza do direito** que deve derivar do organismo jurídico), decorre a consequência de que a regra de Direito Tributário ao fazer referência a conceito ou instituto de outro ramo de direito, assim o faz, aceitando o mesmo significado jurídico que emergiu daquela expressão (fórmula ou linguagem literal legislativa), **quando ela entrou para o mundo jurídico** naquele outro ramo do direito. Somente há deformação ou transfiguração pelo Direito Tributário, quando este, **mediante regra jurídica**, deforma ou transfigura aquele conceito ou instituto; ou melhor, quando o Direito Tributário cria uma nova **regra jurídica**, tomando como “dado” (matéria-prima para elaboração da nova regra jurídica) o “construído”(o conceito ou instituto jurídico de outro ramo do direito).”⁸ (Grifamos)

5. O conceito de tributo e sua natureza

Tributo é nome de uma classe de objetos construídos conceptualmente pelo direito positivo. Trata-se de palavra ambígua que pode denotar distintas classes de objetos (relação jurídica, direito subjetivo, dever jurídico, quantia em dinheiro, norma jurídica e, como prefere o CTN, a relação jurídica, o fato e a norma que jurisdiciza o fato). Fixemos aqui nosso interesse na acepção de “tributo” com as proporções semânticas que o artigo 3º, da Lei n. 5.172/66 lhe outorga. Vejamo-lo:

⁷ *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2007, p. 129.

⁸ *Op. Cit.*, p. 132.

“Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Mesmo em função estipulativa, como convém à prescritividade jurídica, “definir” uma palavra é indicar seu significado. Uma definição como esta de “tributo” compõe-se de duas partes, o *definiendum* (a palavra a definir) e o *definiens* (a enunciação do significado). E a definição transcrita é da categoria das conotativas, isto é, o *definiens* determina as características que conformam o critério de uso da palavra “tributo”. Simultaneamente, esses critérios seletores constituem uma dicotomia: a classe dos tributos e a classe dos não tributos. Enumeremos os critérios que compõem a demarcação do conceito de “tributo”:

- a) prestação pecuniária compulsória;
- b) em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir;
- c) que não constitua sanção de ato ilícito;
- d) instituída em lei; e,
- e) cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Observe-se que os critérios (a), (b) e (c) dizem respeito ao contorno da figura relacional como “obrigação compulsória”, “patrimonial”, e que “decorre de um ato lícito”. Por outro lado os critérios (d) e (e) referem-se, respectivamente, à sua forma de veiculação (mediante lei) e arrecadação (atividade administrativa plenamente vinculada).

Sublinhe-se. Os critérios (a), (b) e (c) cuidam de prescrever como será o vínculo relacional do tributo. Os critérios (d) e (e) não se ocupam da relação jurídica, em si mesma, mas estabelecem a forma válida para a instituição e arrecadação do gravame. Ser instituída em lei e ser cobrada mediante atividade

administrativa plenamente vinculada não faz de nenhuma obrigação, tributo, da mesma forma que ser relação jurídica de cunho patrimonial também não basta. O vulto jurídico da figura vai surgir exatamente na coalescência das cinco cláusulas estatuídas no art. 3º, do Código Tributário Nacional. Cada uma delas será, antes de mais nada, condição necessária para a edição de tributo válido.

6. A subsunção do conceito do fato ao conceito da norma

É clássico e tradicional o enunciado de que o fato se subsume à norma jurídica, propagando-se os efeitos de estilo. O modo de dizer, embora cediço, não está corretamente formulado. A subsunção, como operação lógica que é, só se opera entre iguais. Em homenagem à precisão que devemos incessantemente perseguir, o certo é falarmos em subsunção do conceito do fato ao conceito da norma e, toda vez que isso ocorre, com a conseqüente efusão de efeitos jurídicos típicos, estamos em presença da própria essência da fenomenologia do direito. Em substância, recorta o legislador eventos da vida real e lhe imputa a força de suscitar os comportamentos que entende valiosos, garantindo seu ato de vontade, mediante a pressão psicológica de sanções, associadas, uma a uma, a cada descumprimento de dever estabelecido. Mas o súdito do Estado, resistindo ao temor de punição, pode ser alvo do aparato coativo, inerente ao Poder Público, momento em que se desenvolverá, efetivamente, o procedimento sancionatório.

O objeto sobre o qual converge nosso interesse é a fenomenologia da incidência da norma tributária em sentido estrito ou regra matriz de incidência. Nesse caso, diremos que houve a subsunção, quando o conceito do fato (fato jurídico-tributário) guardar absoluta identidade com o conceito desenhado normativamente na hipótese (hipótese tributária). Ao ganhar concretude o fato, instalar-se-ia, automática e infalivelmente, como disse ALFREDO AUGUSTO BECKER, o liame abstrato pelo qual o sujeito ativo se torna titular do direito subjetivo público de exigir a prestação, ao passo que o sujeito passivo ficará na contingência de cumpri-la.

É bem verdade que a doutrina do insigne jurista gaúcho outorga importância à chamada “relação efectual”, constituída a partir do “evento” e não do “fato”, na sua acepção de enunciado de linguagem, como tem difundido a corrente do “giro lingüístico”, à qual me filio. Todavia, feitos os devidos descontos, é possível a adaptação e o aproveitamento do mencionado comentário para entendermos seu conteúdo.

O quadramento do conceito do fato ao conceito da hipótese normativa tem de ser completo, para que se dê, verdadeiramente, a subsunção. É aquilo que se tem por *tipicidade*, que no direito tributário, assim como no direito penal, adquire transcendental importância. Para que se configure o *fato jurídico tributário*, a ocorrência da vida real tem de satisfazer a todos os critérios identificadores tipificados na hipótese. Que apenas um não se verifique, e a dinâmica aqui descrita ficará inteiramente comprometida.

Assim, o caminho que os agentes do Poder Tributante devem seguir, no sentido de manter-se dentro dos parâmetros da lei e do sistema, aponta para o afastamento de hipóteses presuntivas, no que diz respeito à ocorrência do fato jurídico tributário, bem como realizar a devida prova dos indícios para, a partir deles, demonstrar a existência da relação de causalidade com o fato que se pretende dar por ocorrido.

Tudo isso foi dito para que se tenha presente que a atividade jurídico-tributária, no Brasil, há de ser desenvolvida em clima de **total** aderência aos textos legais, além de observância rigorosa dos grandes primados que a Lei Fundante proclama. Tal concepção, que penetra hoje os sistemas positivos de todos os países civilizados, dista de permitir qualquer traço de arbitrariedade, afastando, também, quase sempre, os atos de competência discricionária que poderiam vir a ser praticados pelos funcionários do Estado-Administração, nesse campo de atividade administrativa plenamente vinculada.

7. Do Imposto sobre Operações Financeiras – IOF: sua hipótese de incidência

A Constituição da República incluiu, na competência da União, o imposto sobre “operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários” (artigo 153, V), ou, como é mais conhecido o imposto sobre operações financeiras – IOF, dispondo, ainda, a respeito do assunto, que “*é facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V*” (§ 1º, do mesmo artigo), o que lhe confere características predominantemente extrafiscais, já que se presta como instrumento de política de crédito, câmbio, seguro e transferência de valores. Justamente por isso, a competência para sua criação foi outorgada à União.

A percussão jurídica, portanto, é definida em quatro distintas situações: a de crédito, a relativa a câmbio, a relativa a seguro e aquela outra relativa a títulos e valores mobiliários.

O Código Tributário Nacional definiu, estipulativamente, o tributo:

“Art. 63 – O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos mobiliários tem como fato gerador:

I – quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

II – quanto às operações de câmbio, a sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado, em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este;

III – quanto às operações de seguro, a sua efetivação pela emissão da apólice ou do documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável;

IV – quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, a emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, na forma da lei aplicável

Parágrafo único. A incidência definida no inciso I exclui a definida no inciso IV, e reciprocamente, quanto à emissão, ao pagamento ou resgate do título representativo de uma mesma operação de crédito.”

Verifica-se que o referido Diploma, conceituando a hipótese de incidência dentro dos limites máximos permitidos pela lei tributária, **não modificou conceitos estatuídos em outros ramos do direito, como o civil, ou o comercial**, mas adotou os parâmetros previstos na Carta Magna para indicar suas características essenciais, nos exatos termos previstos no artigo 146 da Constituição Federal.

Analisando, com minúcias, o fato jurídico tributário que faz nascer a obrigação de pagar o tributo, fica evidente que ao referir-se às operações de crédito (gênero), o constituinte já englobara as operações de títulos (espécie), sempre que tais títulos exteriorizassem uma operação daquela modalidade, por exemplo as debêntures emitidas por uma sociedade por ações.

O imposto de que nos ocupamos neste trabalho atinge, fundamentalmente, as operações relativas à circulação de valores a ele referidos, que se exteriorizam por intermédio de operações de crédito, câmbio e seguro e de quaisquer espécies de títulos **vinculados ao sistema financeiro ou à Comissão de Valores Mobiliários**, vale dizer, que transitem pelo sistema financeiro ou sejam fiscalizados, por algum de seus órgãos.

O campo de incidência do IOF está, como todos os demais tributos, delimitado, de maneira rígida e inflexível, pela Lei Maior. Os fatos jurídicos tributários, ensejadores da exigência, devem ser identificados dentro do contexto delimitado no Ordenamento Superior e na sua lei de criação.

As operações de crédito são, como bem assevera o Ministro CLAUDIO SANTOS, do Superior Tribunal de Justiça,

“(…) necessariamente as operações ativas praticadas pelas instituições financeiras. São as denominadas operações bancárias, aquelas em que os bancos põem dinheiro ou crédito à disposição de seus clientes, mediante atos jurídicos conceituados como contratos. Abrangem todos os negócios de mútuo mercantil fechados pelos bancos ou instituições assemelhadas e, certamente, ainda os denominados de ‘créditos de firma’.

Dentre as operações ativas praticadas pelos bancos, destaca o inolvidável comercialista brasileiro Carvalho de Mendonça: os empréstimos, os descontos, as antecipações, as aberturas de crédito, os créditos de firma,

as operações de *del credere* bancário, além das operações de câmbio. Como créditos de firma, ele encaixa os créditos mediante aceite, mediante aval e mediante fiança”.⁹

E continua:

“A operação de *del credere* bancário é também uma operação de garantia, de cuja prática não se tem notícia, na atualidade”.¹⁰

Por todos os ângulos em que se analise a matéria, a referência sempre presente é aquela ligada aos instrumentos financeiros, permutáveis por moeda nas trocas de mercados financeiros. A expressão “valores mobiliários” significa a espécie de títulos de crédito, utilizados como instrumentos de aplicação de capital, como fontes de renda, abrangendo os que conferem direitos de sócio (ações e bônus de subscrição), de crédito a longo prazo com vencimento periódico de juros, ou de participação nos lucros da companhia. São emitidos em massa, e não individualmente: cada emissão compreende uma quantidade de títulos iguais, fungíveis porque cada um assegura os mesmos direitos aos demais. Os valores mobiliários são emitidos em bloco ou série e, portanto, normalmente, destinados ao mercado de capitais, primário ou de balcão, ou secundário ou bursátil e é, exatamente nesses mercados, que as operações a ele relativas são tributadas.

De todo modo, compete, ao legislador infra-constitucional arrolar as espécies de bens que se enquadrem no contexto do inciso VI, do artigo 153, da Constituição da República. E, procurando fundamentos próprios, encontraremos o comando da Lei Federal n° 6.385, de 07.12.76:

“Art. 2° - São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:
I – as ações, partes beneficiárias e debêntures, os cupões desses títulos e os bônus de subscrição;

⁹ *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, 1928, vol. VI, pgs. 158 e 246.

¹⁰ *Caderno de Pesquisas Tributárias*. São Paulo: Resenha Tributária, 1991, vol. 16, p. 88.

- II – os certificados de depósito de valores mobiliários;
 - III – outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas, a critério do Conselho Monetário Nacional.
- Parágrafo Único – Excluem-se do regime desta Lei:
- I – os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal;
 - II – os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures.”

Como se verifica, a enumeração taxativa, seguindo os passos traçados pela doutrina e por balizas constitucionais suficientemente claras, cuida de papéis negociados em massa, em contraposição àqueles de emissão singular, individual, representando direitos de sócios ou empréstimos a longo prazo, contratados pelo emissor (companhia pública ou privada, Estado, etc.), mediante emissão de ações ou de obrigações, tendo como objetivo emprestar dinheiro a outro para obter um resultado, envolvendo capitais.

Assim, o valor mobiliário há de ser entendido como um título de investimento que tem como característica básica o direito de sócio ou de um empréstimo, isto é, um direito susceptível de provocar o aparecimento de renda.

Vale citar, outra vez, WALDIRIO BULGARELLI ao perceber que

“... para ser valor mobiliário, o papel necessita de alguns requisitos próprios que lhe confirmam (mesmo independentemente de disposição legal) a possibilidade de mobilização em termos de negociabilidade e de títulos de massa e sua vinculação a uma empresa emitente, e por outro lado, para que atuem eficazmente como valores mobiliários necessitam tais papéis de serem dotados de alguns requisitos básicos dos títulos de crédito e sua vinculação a uma empresa emitente, sobretudo, e principalmente, no tocante à circularidade”.¹¹

Também, é preciso notar que a realização de um negócio jurídico, consubstanciado numa operação de crédito, câmbio, seguro ou relativa a títulos ou valores mobiliários, poderá ensejar a irradiação de efeitos tributários. Significa dizer, a realização do negócio jurídico poderá ser tomada como suporte fático da descrição contida na hipótese normativa, provocando a instauração dos

¹¹ Enciclopédia Saraiva do Direito, verbete “valores mobiliários”, p. 411 e 412

efeitos jurídicos de sua ocorrência em concreto, consubstanciados no surgimento da relação jurídica, em razão da qual o sujeito estará obrigado a prestar o tributo perante o sujeito ativo do liame tributário.

Afirmam nesse sentido GILBERTO DE ULHÔA CAMPOS e ALOYSIO MEIRELLES DE MIRANDA FILHO:

“Se é certo que nos quadros de formulação dos princípios referentes ao ICMS, ‘operações’ como abrangendo negócios jurídicos se ligam às atividades de que resulte a circulação de mercadorias, no caso do IOF há de prevalecer o entendimento dos textos constitucionais, que empregam o mesmo vocábulo como significando a prática dos atos jurídicos referidos nos incisos I, II, III e IV do art. 63 do CTN; e, mesmo quanto ao ouro, que vem referido no parágrafo 5º, do art.153 da própria Constituição, não estando incorporado às normas definidoras de legislação complementar, a sua tributação está, no referido texto constitucional, claramente vinculada à existência de uma operação de circulação, que é a realização da operação de origem, assim entendendo-se o negócio jurídico de aquisição do metal que o extraiu”.¹²

Como já se verificou, o vocábulo “crédito”, utilizado nos dispositivos legais que cuidam de instituir o imposto, é ambíguo, no sentido de poder ser empregado em diversas acepções, servindo de suporte a diversos significados. No contexto que faz agora nossos cuidados somente pode estar vinculado à expressão “operações”, no sentido que já lhe foi dado, isto é, de operações de créditos como sendo a troca de bens no momento atual por bens em momento futuro como, aliás, ensina CARVALHO DE MENDONÇA:

“A operação mediante a qual alguém efetua uma prestação presente, contra a promessa de uma prestação futura, denomina-se ‘operação de crédito’.

“A operação de crédito por excelência é a em que a prestação se faz e a contraprestação se promete em dinheiro. O mútuo de dinheiro é a manifestação verdadeiramente típica do crédito na sociedade moderna.”¹³

¹² *Caderno de Pesquisas Tributárias*. São Paulo: Resenha Tributária, 1991, vol. 16, p. 43.

¹³ J.X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, pág. 51.

8. As operações de “factoring” e o critério material do imposto sobre operações financeiras

Sendo o “factoring” um instituto regido pelo direito comercial, nos moldes do novo Código Civil, e/ou pelo direito civil, uma única conclusão é admissível: a atividade de “factoring” não está constitucionalmente sujeita ao IOF que, nos termos do artigo 153, inciso V, do Texto Maior, só poderá incidir sobre operações vinculadas ao regime jurídico previsto no artigo 192:

“O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, que disporá, inclusive, sobre:

I – a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação de que trata este inciso;

II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador;

III – as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente:

a) os interesses nacionais;

b) os acordos internacionais;

IV – a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas;

V – os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo;

VI – a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União;

VII – os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento;

VIII – o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras.

§1º A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.

§2º Os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serão depositados em suas instituições regionais de crédito e por elas aplicados.

§3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança em cima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.”

Introduzindo regra própria, como se encontrasse fundamento no sistema jurídico, a Lei nº 9.532, de 10.12.1997, que passou a surtir efeitos a partir de 1.998, estabeleceu, no artigo 58 que:

“A pessoa física ou jurídica que alienar, à empresa que exercer as atividades relacionadas na alínea d, do inciso III, do § 1º, do art. 15 da Lei nº 9.249, de 1.995 (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 empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.”

Como se vê, o legislador ordinário não respeitou os princípios de direito civil e comercial e transformou, por força de lei tributária, o perfil, delineado por aquelas regras próprias, que o “factoring” ostenta, em direito bancário, contra o disposto nos artigos 192 e 153, V, da Constituição Federal, que instituiu o IOF apenas para as instituições arroladas no artigo 192, antes transcrito.

Nessa mesma direção semântica, aliás, têm sido traçadas as linhas da jurisprudência, como se verifica nas ementas adiante reproduzidas:

“IOF – OPERAÇÕES DE CRÉDITO – EXPORT NOTES – não incide IOF sobre operações de crédito relativamente às operações que tenham por objeto export notes – Ato declaratório nº 04, de 15.01.1999 Recurso de ofício a que se nega provimento.”¹⁴

“IOF – OPERAÇÕES FINANCEIRAS: Caracterizadas pela captação de recurso por Sociedade Cooperativa junto a

¹⁴ Ac. nº 202-11.692 – Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes.

cooperados através de ‘Fundo Rotativo’ com fixação, no momento da operação, de prazo de resgate e rendimento de aplicação. Recurso Negado.”¹⁵

O Ministro Leitão de Abreu, ao exarar voto no acórdão do RE 86297 – STF, asseverou, com precisão de raciocínio hermenêutico:

“Em primeiro lugar, não vale argumentar com normas de direito comum para estabelecer limites a princípios fundamentais, as normas, por isso mesmo, universais, normas necessárias, reconhecidas como tais pelo nosso país. Em lugar de argumentar da lei ordinária para a fundamental, a fim de limitar-lhe o sentido e a eficácia, cumpre é argumentar dos princípios estabelecidos na declaração de direitos para os preceitos de lei ordinária, para subordinar estes últimos aos primeiros.”¹⁶

9. Respostas às indagações formuladas

Diante de todas essas ponderações, cumpre-nos ainda responder as indagações formuladas no início do presente estudo. Ei-las.

Questão 1: Em que consiste a operação de “factoring”? Quais as vantagens em se optar pela factorização?

Entende-se por operação de “factoring” a realização de contrato atípico de prestação de serviços elaborado entre uma empresa de “factoring” (“factor”) e uma empresa vendedora de mercadorias ou prestadora de serviços (“faturizada”), em que ocorre cessão onerosa da totalidade ou parte de créditos líquidos oriundos da atividade empresarial de outra mediante taxa remuneratória, sem direito de regresso. Esses serviços pactuados podem adquirir formas variadas, tais como (i) aquisição de faturamento, (ii) cadastramento de compradores e clientes, (iii) obtenção de informes sobre a situação econômico-financeira desses últimos, (iv) cobrança de títulos, (v) repactuação da fórmula de recebimento de créditos, (vi) e

¹⁵ Recurso nº 105344 - Conselho de contribuintes – Segunda Câmara Rel. Antônio Carlos Bueno Ribeiro.

¹⁶ RDP 39/200.

outras atividades correlatas, podendo compreender, inclusive, toda a gama dessas atividades ou apenas parte delas, conforme avenças firmadas pelas partes.

Com a factorização, não há a interferência de atividade bancária, o que reduz o custo operacional, e as empresas passam a receber a produção alienada com deságio, sendo o diferencial entre o valor do título final e o pago para a empresa “faturizada”, a receita da empresa de “factoring”. No mais, com as operações de factoring, o empresário-produtor adquire capital de giro para o financiamento de suas próprias atividades empresariais.

Questão 2: É possível equiparar as atividades das instituições financeiras às atividades das empresas “factoring”? A cessão de crédito da empresa factorizada à empresa factor – factorizadora – poderia ser equiparada à operação de crédito das instituições financeiras?

Como já observado, a atividade de faturização consiste na compra de direito creditório de outra empresa – “faturizada” – com origem na atividade desta. A atividade das instituições financeiras, por sua vez, comporta, conforme caput do art. 17 da Lei n. 4.595/64, três hipóteses: (i) coleta, (ii) intermediação e (iii) aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros. A cessão de crédito na operação de “factoring” não reúne os pressupostos do art. 17 da referida Lei e, portanto, não poderá ser entendida como constitutiva de operação de crédito, atividade típica de instituição financeira.

A cessão de crédito da empresa factorizada à empresa factor – factorizadora – não poderia ser equiparada à operação de crédito das instituições financeiras, uma vez que o contrato de “factoring” acarreta a cessão do faturamento da empresa factorizada à empresa “factor” nos termos do Código Civil, sem a emissão de título de crédito, ou nos termos do direito comercial, mediante a emissão de título de crédito. Na primeira hipótese, é uma operação sujeita ao disposto no §1º do art. 654 do CC/02; enquanto que, na segunda, estaria submetida às leis de direito comercial que regularizam a emissão de títulos de crédito, entre eles a “duplicata”, peculiar à venda mercantil e de fácil

circulação. Em uma e outra hipótese, no entanto, a compra de direito creditório não constitui *operação de crédito*, atividade típica de instituição financeira, não reunindo os pressupostos do art. 17 da Lei n. 4.595/64. Nesta medida, a caracterização jurídica do “factoring” não dá espaço a que possa ser confundida com operação de crédito, compra e venda de mercadorias ou, até mesmo, prestação de serviços na parcela relativa à diferença entre o valor nominal do crédito e o preço da cessão, se não houver prestação de serviços de assessoria creditícia, mas, tão somente, assunção de riscos com alienação de créditos.

Questão 3: Qual é o critério material do IOF? É possível presumir a ocorrência do critério material do IOF nas operações de “factoring”?

Conforme preceitos da CR/88 – art. 153, inciso V – e do CTN – art. 63 –, o critério material do IOF comporta quatro situações, operações sobre: (i) crédito; (ii) câmbio; (iii) seguro e (iv) título imobiliário. Com base em interpretação sistêmica do direito tributário, a subsunção do conceito do fato ao conceito da norma só se opera quando presente identidade absoluta entre um e outro, afastamento as hipóteses presuntivas, no que diz respeito à ocorrência do fato jurídico tributário. Com base no princípio da estrita legalidade e tipicidade, à administração cabe realizar a devida prova dos indícios para, a partir deles, demonstrar a existência da relação de causalidade com o fato que se pretende dar por ocorrido. Quer isso significar, no presente estudo, que, conquanto possam ser encontrados, na faturização, elementos símiles àquel’outros próprios de instituições financeiras – adiantamento, desconto e financiamento –, tais operações não se enquadram dentro do critério material da hipótese de incidência típica do Imposto sobre Operações Financeiras, não sendo possível, portanto, qualquer imposição tributária a título de IOF às operações das empresas de “factoring”. A atividade de “factoring” não está constitucionalmente sujeita ao IOF que, nos termos do artigo 153, inciso V, do Texto Maior, só poderá incidir sobre operações vinculadas ao regime jurídico previsto no artigo 192 da CR/88