

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CLÁUDIA LUTZ

**IOF - SUAS BASES ECONÔMICAS E O IMPOSTO SOBRE
OPERAÇÕES DE CRÉDITO EM NEGÓCIOS JURÍDICOS
COM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

São Paulo

2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CLÁUDIA LUTZ

**IOF - SUAS BASES ECONÔMICAS E O IMPOSTO SOBRE
OPERAÇÕES DE CRÉDITO EM NEGÓCIOS JURÍDICOS
COM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

**Monografia apresentada ao Curso de
Especialização em Direito Tributário da
Pontifícia Universidade Católica, como
requisito parcial para a obtenção do título
de Especialista em Direito Tributário.**

Orientadora: Prof^ª. Ms. Iris Vânia Santos Rosa

São Paulo

2010

CLÁUDIA LUTZ

**IOF - SUAS BASES ECONÔMICAS E O IMPOSTO SOBRE
OPERAÇÕES DE CRÉDITO EM NEGÓCIOS JURÍDICOS
COM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

**Monografia apresentada ao Curso de
Especialização em Direito Tributário da
Pontifícia Universidade Católica, como
requisito parcial para a obtenção do título
de Especialista em Direito Tributário.**

Aprovada em dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA

São Paulo

2010

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores do curso de Pós Graduação em Direito Tributário – Turma D – 2008, e em especial a professora e orientadora Mestra Íris Vânia Santos Rosa.

RESUMO

Inspirada na problemática que cerca as bases econômicas do "IOF", frente a interpretação da Constituição Federal Brasileira de 1988, idealizei o presente trabalho com o objetivo de pesquisar e assim discorrer sobre o alcance das normas instituidoras colocadas pelo legislador infraconstitucional na busca de instituir como fatos jurídicos tributários os negócios praticados na vida social. Investigando conceitos sedimentados pela doutrina e legislação concernente aos institutos para os quais o direito tributário traz para construir o núcleo material do imposto sobre operações de crédito e assim interpretar e transcrever suas definições para melhor entender o fenômeno fiscal enquanto base jurídica constitucional. Analisando as estruturas jurídicas a partir do termo "operações de crédito" circunscrito pela Carta Federal como negócios jurídicos incidente do imposto sobre operações de crédito praticados com entes não financeiros e especialmente com instituições financeiras.

Palavras - chave: Base econômica. Operações de crédito. Negócio Jurídico. Negócio Jurídico com Instituições Financeiras.

ABSTRACT

Inspired by the problem that surrounding the economy foundations of the "IOF" against interpretation of the Brazilian Constitution of 1998, I designed this study with the goal of researching and so to discuss the scope of the rules submitted by the schools themselves infra legislature in seeking to establish facts as the legal tax business practices in social life. Investigating concepts rooted in doctrine and legislation concerning the peer institutions that tax law provides for building the core material of the tax credit transactions and thus interpret and transcribe their definitions to better understand the phenomenon as a legal basis tax constitutional. Analyzing the legal structures of the end "credit transactions" circumscribed by the Federal Charter as legal transactions incident of the tax charged on loans to non financial entities, especially with financial institutions.

Keywords: Economic base. Credit operations. Business Law. Legal business with financial institutions.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. DENOMINAÇÃO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS – IOF	9
2.1 Concepções Gerais do Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguros e Relativos a Títulos e Valores Mobiliários	11
2.1.1 Concepções ao Princípio da Anterioridade e a Majoração por Decreto	15
2.1.2 Considerações Gerais sobre as Bases Econômicas dos Impostos sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro ou relativos a Títulos ou Valores Mobiliários	17
3. O VOCÁBULO “OPERAÇÕES” CONSTRITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	19
3.1 Análise Conotativa da Expressão “Operações de Crédito” na Constituição Federal	22
4. O ALCANCE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO	24
4.1 A Incidência do Imposto Sobre Operações de Crédito nos Contratos de Crédito Realizados entre Pessoas Não Financeiras	26
4.2 A Constitucionalidade do Imposto Sobre Operações de Crédito de Entes Não Financeiros	27
4.3 A Legitimidade da Cobrança de Imposto Sobre Venda de Direitos Creditórios Realizados por Empresas de Factoring	31
5. O IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO NAS ENTIDADES FINANCEIRAS	35
5.1 A Base Econômica do Imposto Sobre Operações de Crédito com Instituições Financeiras	39

6. O EMPRÉSTIMO BANCÁRIO INCIDENTE DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CREDITO E O DECRETO Nº 6.306/2007 – RIOF	42
6.1 A Conceituação do Instituto Novação como Financiamento e o Alcance da Hipótese de Incidência do Imposto Sobre Operações de Crédito	46
7. CONCLUSÃO	50
8. TABELA	52
9. REFERÊNCIA	53

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar e discorrer sobre as bases econômicas constringidas no artigo 153, inciso V, da Constituição Federal, em especial, sobre o imposto sobre operações de crédito com instituição financeira.

O tema escolhido esbarrou em grandes dificuldades sobre nomenclatura, legislações esparsas, além de precária jurisprudência. Mas tive momentos agradáveis ao encontrar material de consenso a definir as hipóteses de incidência tributária.

A elaboração desta monografia, na sua generalidade, precisou muito mais de conceitos referendados pela doutrina para a construção de sentido da base econômica tributária, do que de jurisprudências.

O desenvolvimento dos subtemas foi necessário para dar enfoque ao problema central. Desta forma, foi necessário falar de alguns assuntos de extrema importância para se dar uma continuidade lógica ao trabalho.

Assim, ao abordar o tema específico sobre "O EMPRESTIMO BANCÁRIO INCIDENTE DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO E O DECRETO Nº 6.306/ 2007 - RIOF", veio à baila o questionamento do alcance do decreto que ao meu ver criou e inovando em matéria tributária, sendo que lhe era defeso.

Para dar um início justo à Monografia, não poderíamos entrar no tema central sem antes verificar a Denominação IOF e suas problemáticas com o Texto Constitucional.

2 A DENOMINAÇÃO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS - IOF

A Constituição Federal de 1988, no artigo 153, inciso V, outorga ao poder legislativo da União, a competência para instituir impostos sobre: "operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários"¹.

Nota-se que, tal dispositivo consagra **quatro bases econômicas** distintas entre si, não configurando apenas uma única acepção: "IOF" - Imposto sobre Operações Financeiras, embora possuam características similares, quanto a não exigência da anterioridade de lei, a delegação por decretos regularem suas alíquotas e função extrafiscal², advinda do Poder Estado com a intenção de gerir a política econômica e financeira do país. (Grifo nosso).

O "IOF" e sua nomenclatura surgiram em 1966 com a lei 5.143, que instituiu o imposto sobre operações de crédito e seguro, prescrevendo no artigo 1º: "O imposto sobre Operações Financeiras incide nas operações de crédito e seguro realizadas por instituições financeiras e seguradoras, e tem como fato gerador (...) "³.

A legislação em epigrafe criou na época duas exações fiscais circunscrevendo a base econômica em negócios jurídicos praticados com instituições financeiras e seguradoras. Neste sentir, verifica-se que o elemento casuístico para a pretensão tributária contorna a figura operações, conjugada ao elemento do tipo seguro e crédito, conquanto negócios jurídicos praticados somente por estes entes personalizados em virtude da sua própria

¹ BULOS, Uadi Lammego, Constituição Antotada. 5ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2003.

² Termo utilizado pela doutrina para definir uma das funções dos tributos além de fiscal arrecadatória.

³ BRASIL. Lei nº 5.143 de 20 de outubro de 1966. Institui o Imposto sobre Operações Financeiras. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, DF, 24 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5143.htm>. Acesso em setembro de 2010.

construção jurídica. Ater-se a esta expressão única hoje em dia, "IOF", encontramos vários problemas lógicos, primeiro porque o texto constitucional, especialmente a parte que trata do Sistema Tributário Nacional não dispôs de nenhuma exceção que seja nominado "imposto sobre operações financeiras", no demais o núcleo de materialidade dos impostos sobre operações de crédito, seguro, câmbio ou relativos a títulos ou valores mobiliários resguardam, em essência, elementos dessemelhantes, sem o foco central de serem praticados tão somente por instituições financeiras.

Exemplo disso, temos as operações de mútuo praticadas entre pessoas jurídicas não financeiras que fazem parte de um grupo societário⁴ que são tributadas, e na contra mão temos operações financeiras que não são tributáveis, que é o caso dos saques em caderneta de poupança, Súmula 664 do Supremo Tribunal Federal⁵ e também movimentações de retiradas de valores disponíveis e depósitos realizados em contas correntes mantidas com Instituições Financeiras.

Isso porque, temos operações financeiras que não se submetem aos impostos referidos, bem como tal locução restringiria operações alcançadas pelas bases econômicas dos impostos, que não seriam financeiras⁶.

Outro ponto salutar sobre a questão, digamos que para ser correta a utilização da expressão, "Imposto sobre Operações Financeiras", teríamos que aceitar como gênero o termo operações financeiras, onde as espécies seriam operações de crédito, de câmbio, de seguros e relativas a títulos ou valores mobiliários. Entretanto, a terminologia "operações financeiras" não guarda qualquer construção científica da matéria, posto que o Texto Constitucional e o

⁴ Grupo organizado constituído por convenção aprovada pelas sociedades que o compõem.

⁵ Súmula 664, do STF: "É inconstitucional o inciso V do art. 1º da Lei 8.033/90, que instituiu a incidência do imposto nas operações de crédito, câmbio e seguros - IOF sobre saques efetuados em caderneta de poupança."

⁶ MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 1999. p., 112 a 115.

Código tributário Nacional, não conota a preposição "IOF" seja, explicitamente ou implicitamente como hipótese de incidência tributária dos referidos impostos.

Como analisa Raquel Cristina Ribeiro:

(..) a expressão 'operações financeiras' é uma expressão equívoca, não consagrada pelo texto constitucional e não delimitada pelo direito infraconstitucional. Assim, não possui nenhuma significação perante o direito. Na linguagem popular, o termo é utilizado mais corriqueiramente para designar 'operações realizadas pelo mercado financeiro' ou, ainda, 'operações' que se referem a finanças em geral⁷.

2.1 Concepções Gerais do Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguros e Relativos a Títulos e Valores Mobiliários

O Regime tributário que tutela as operações realizadas no mercado financeiro e de capitais, está marcado pela instrumentalidade que auxilia o Governo Federal na política cambial, creditícia ou monetária.

Previsibilidade, contida na Organização Política Administrativa do Estado, disposta no artigo 22, inciso VII, da Constituição Federal que diz: "compete privativamente à União legislar sobre: (...) VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferências de valores"⁸.

⁷ NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. Análise das Normas de incidência dos Impostos sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro ou Títulos e Valores Mobiliários. Dissertação de Mestrado em Direito Tributário apresentada à PUCSP em 1992, p. 21.

⁸ BULOS, op., cit., p., 541 et seq.

O IO/Crédito, IO/Câmbio, IO/Seguros e o IO/Títulos⁹, possuem uma característica peculiar predominante de natureza extrafiscal, confirmada pelo artigo 67 do Código Tributário Nacional que determina: "a receita líquida do imposto destina-se à formação de reservas monetárias, na forma da lei"¹⁰. E o artigo 12 da lei nº 5.142/66 prescreve a forma de gestão destes recursos pelos seguintes termos:

Deduzida a parcela de que trata o artigo anterior, a receita líquida do imposto se destinará à formação de reservas monetárias, as quais serão aplicadas, pelo Banco Central da República do Brasil na intervenção dos mercados de câmbio e de títulos, na assistência a instituições financeiras, particularmente ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e em outros fins, conforme estabelecer o Conselho Monetário Nacional.¹¹

Desta forma, cumpre notar que o Poder Federal, com a intenção de controlar a política financeira e monetária do país, a ele constituído, utiliza-se das exações referidas como ferramenta de intervenção econômica, manipulando certas operações tituladas no critério material destes impostos, ora inibindo-as, ora incentivando-as, conforme a conveniência dos interesses econômicos do país.

Segue o mesmo pensamento o professor Guilherme Cordeiro Neto:

(..) há figuras tributárias que pela realidade econômica sobre a qual incidem (produzem seus efeitos) são muito mais ferramentas de políticas econômicas do que instrumento de arrecadação de recursos ao Estado. É o caso do imposto de importação, (..) cuja a missão maior é a de regular a balança comercial. Mas também é o caso do IOF.¹²

⁹ Denominação utilizada pelo professor Roberto Quiroga Mosquera, em substituição ao termo usual IOF. MOSQUERA, op. cit., p., 115.

¹⁰ BRASIL, Código Tributário Nacional e Constituição Federal, 14ª ed., atualizada e acompanhada de Legislação Complementar. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹¹ BRASIL. Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, op., cit.

¹² NETO, Guilherme Cordeiro. IOF e operações de mútuo. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário nº 88, 2003, p., 25.

Dentro deste contexto, os impostos de operações de crédito, câmbio seguro ou relativos a títulos e valores mobiliários, absorvem em maior escala o fim extrafiscal e não apenas arrecadatório fiscal.

Como ensina Hugo de Machado Brito: "o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativo a títulos e valores mobiliários, ou, na forma resumida, como é mais conhecido, *imposto sobre operações financeiras-IOF*, tem função predominantemente extrafiscal"¹³. (grifo autor).

No mesmo sentido Paulo de Barros Carvalho expõe tal característica das espécies tributárias aludidas ao identificar a extrafiscalidade como: "emprego de fórmulas jurídico-tributárias para obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatórios de recursos monetários"¹⁴.

Percebe-se tal movimento no mercado financeiro e de capitais, quando a União mediante a majoração da alíquota do imposto sobre operações de crédito procura impedir ou diminuir o crescimento do crédito ao consumidor, para assim, frear ou reduzir o consumo propriamente dito, visando o controle dos índices inflacionários no país.

Outro exemplar da situação concerne na forma de cobrança do imposto sobre títulos de valores mobiliários, onde os rendimentos de fundos de investimento e renda fixa, tornam-se objeto de tributação, tendo como base uma alíquota regressiva que é contada do

¹³ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 19ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001, p., 289.

¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 20ª edição, revista. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 253.

momento da aplicação até completar 30 dias, em uma escala marcada de 96% (noventa e seis por cento) a 0% (zero por cento)¹⁵, se ocorrido o resgate dentro deste prazo.

A finalidade de tal ocorrência está em desestimular a compra de títulos de valores mobiliários por curtíssimo prazo, para ter sob controle seu preço¹⁶, pois, refletem diretamente na composição da taxa de juros do país, e conseqüentemente, no nível inflacionário, incentivando a poupança nacional, e assim, gerar riquezas e promover o equilíbrio social.

Com a majoração ou instituição de artifícios próprios de cobrança dos impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativo a valores mobiliários, o Poder Federal tem um único e prioritário objetivo: o de fazer política econômica e monetária, e não tão somente arrecadar fundos para subsidiar a atividade estatal.

Por está razão os referidos impostos devem guardar identidade a seus objetivos quando instituídos pela legislação infraconstitucional, pois foram desenhados constitucionalmente não só para a arrecadação fiscal, mas para servir de ferramenta na gestão monetária financeira do país.

Fechando este raciocínio, segue as palavras do professor Paulo de Barros Carvalho observando o fenômeno da extrafiscalidade:

(..) Significa, portanto, que ao construir suas pretensões extrafiscais, deverá o legislador pautar-se, inteiramente, dentro dos parâmetros constitucionais, observando as limitações de sua competência impositiva e os princípios superiores que regem a matéria, assim os expressos que os implícitos. Não tem cabimento aludir-se a regime especial, visto que o instrumento jurídico utilizado é

¹⁵ Anexo ao final deste trabalho a tabela dispositiva prevista no artigo 32 do decreto nº 6306/2007 que informa os percentuais versus os dias ocorridos do termo inicial da aplicação até completar 30 dias havendo resgates.

¹⁶ O controle do preço dos títulos relativos a valores mobiliários ocorre pela análise correspondente à taxa média de juros dos negócios com títulos federais, liquidados através do SELIC, que serve como referência para calcular a taxa de juros praticada no país.

invariavelmente o mesmo, modificando-se tão somente a finalidade do seu manejo¹⁷.

2.1.1 Concepções ao Princípio da Anterioridade e a Majoração por Decreto

Os impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativos a títulos e valores mobiliários, como instrumento de manejo da política econômica, possuem características peculiares derogadas pela Constituição Federal de 1988, em especial atenção ao princípio da anterioridade.

Sabemos que o princípio da anterioridade é o impedimento imediato da aplicação da lei que institui ou majora os tributos dentro do mesmo exercício financeiro. No entanto, para o IO/Crédito, IO/Câmbio, IO/Seguro e IO/Títulos, temos uma exceção à regra que versa na possibilidade da lei criar ou aumentar os aludidos impostos no mesmo exercício financeiro que tenha sido publicada a lei, dispensando a observância do princípio da anterioridade por autorização do parágrafo 1º, artigo 150 da Constituição Federal¹⁸:

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, ao Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observando o disposto na alínea b;

¹⁷ CARVALHO, op. cit., p. 4.

¹⁸ BULOS, op., cit., p., 1.157 et seq.

§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV, e V; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.

A exceção ao princípio da anterioridade significa que a lei que instituiu ou aumentou os impostos será eficaz e aplicada a partir do momento da sua publicação, atingindo os fatos juridicizados ocorridos desde então.

Seguindo nas características peculiares dos IO/Crédito, IO/Câmbio, IO/Seguro e IO/Títulos, temos em nota a figura do Poder Executivo, que poderá atuar nas alíquotas destes impostos desde que sejam atendidas as condições estabelecidas na lei, por previsibilidade do parágrafo 1º do artigo 153, da Constituição Federal que dispõe: "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"¹⁹.

Analisando o dispositivo supra citado temos a observar que para a atuação do Poder executivo a fim de alterar as alíquotas dos impostos em tela, essencialmente devem pautar-se sobre aspectos:

a) pré existência de uma lei que discorra sobre patamares mínimos e máximos de alíquotas, tendo em vista que o termo limite corresponde a um campo de atuação circunscrito que impõe um início e um fim;

b) prerrogativa tão somente outorgada ao Poder Executivo na figura do Presidente da República pelo ato jurídico do decreto, não podendo ser delegada por inteligência do artigo 73, concomitante com o inciso IV do artigo 84, ambos da Constituição Federal, que trata da competência do Chefe do Poder Executivo:

¹⁹ BRASIL, op. cit., p., 89 et seq.

Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução²⁰.

Assentindo com o mesmo pensamento o Mestre Roque Antonio Carraza conota:

(..) a faculdade regulamentar é privada e indelegável, já que não figura no rol daquelas (*numerus clausus*) que, nos termos do parágrafo único do aludido art.84, o Presidente da República pode transferir aos Ministérios do Estado, ao Procurador Geral da República ou ao Advogado Geral da União.

É certo que no art. 153, § 1º, da CF está descrito que a alteração das alíquotas dos impostos em tela é *faculdade* do Poder Executivo.

Ocorre que, como estatui o art. 76 do mesmo Diploma Magno, o " Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República , auxiliado pelos Ministros de Estado". *Auxiliado* - e não *substituído* - pelos Ministros de Estado."²¹ (grifo autor).

2.1.2 Considerações Gerais sobre as Bases Econômicas dos Impostos sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro ou relativos a Títulos ou Valores Mobiliários

Antes de adentrarmos ao estudo do vocábulo "operações", necessário se faz definirmos as bases econômicas que compõem o artigo 153, inciso V, da Constituição Federal.

Imposto sobre operações de Crédito exação que recai em uma relação jurídica que tem por natureza o signo de crédito que perfaz na confiança e contraprestação à termo resolutivo futuro.

²⁰ Ibidem, p., 55 e 56.

²¹ CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 26ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p., 316.

Imposto sobre operações de câmbio pertinente a incidir na operação de troca de uma moeda circular de um determinado país a de outro, não por substituição, na qualidade de extinguir ou criar, mas sim, uma pela outra, prevalecendo suas validades²².

Imposto sobre operação de seguro incide sobre contratos de seguro que tem por natureza jurídica ser oneroso, bilateral e aleatório, haja vista que, mediante o pagamento de um prêmio, assegurará a indenização de eventuais danos futuros²³.

Imposto sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários concernentes as operações que tragam, em essência, a transferência de propriedade de papéis representativos de bens e direitos na forma de investimento com a expectativa de um lucro²⁴.

²² VITA, Jonathan Barros. Tributação do Câmbio. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p., 225.

²³ Ibidem.

²⁴ VITA, op. cit., p., 226.

3 O VOCÁBULO "OPERAÇÕES" CONSTRITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal, como dito anteriormente, reserva no inciso V, do artigo 153, a outorga para instituição dos impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários de competência da União.

Dentro deste enunciado encontramos quatro bases econômicas diferentes entre si, identificadas pelos objetos que fundamentam sua validade no tocante aos critérios materiais e aos demais elementos que compõem a Regra Matriz de Incidência Tributária de cada um.

Sob este enfoque, mister analisar a formatação genérica do critério material atribuído pela Constituição Federal destas figuras, separando a locução dada pela Carta Magna, "impostos sobre operações". Neste ínterim, percebe-se que os impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativos a títulos ou valores mobiliários incidem sobre "operações" e não pelo complemento adverbial, "crédito", "câmbio", "seguro", ou "títulos de valores mobiliários".

Seguindo por este raciocínio, nítido está que o ponto marco para a análise das regras-matrizes dos referidos impostos versa em saber o conceito do vocábulo "operações".

Explicitando a importância do conceito do termo operações, o Professor Roberto Quiroga Mosquera, interpreta os ensinamentos de Aires Fernandino Barreto dispendo; "Como adverte Aires Fernandino Barreto, o núcleo da materialidade da hipótese de incidência

dos impostos estatuídos no artigo 153, inciso V, da Constituição Federal, está no termo *operações*." (Grifo autor). (BARRETO apud MOSQUERA, 1999, p.,116).²⁵

O vocábulo "operações" advém do latim *operatio*, *operare*, que significa fazer, trabalhar e, em sentido geral, de obra ou de execução, equivalente a um resultado ou consequência de uma realização concretizada em uma ação.

Trazendo tal acepção para o direito o termo "operações", como resultado de uma ação, é um ato, sendo um ato tutelado pelo direito, será um negócio jurídico produtor de efeitos.

Negócio jurídico qualifica-se por atos ou fatos tutelados pelo direito pressuposto da vontade do agente voltado a produzir efeitos jurídicos, emergindo assim a criação, conservação, ampliação e proteção de um direito²⁶.

Logo, o termo "operações", sob a luz da Constituição Federal, traduz a incidência do negócio jurídico compilado aos objetos, crédito, câmbio, seguro ou relativo a títulos ou a valores mobiliários.

Por outro giro, os impostos mencionados oneram e incidem sobre os negócios jurídicos representados pelos valores e bens atidos aos elementos a eles lastreados, e não propriamente sobre o crédito, seguro, câmbio e relativos a títulos ou valores mobiliários que conjugam a locução, servindo tão somente para qualificar e identificar a natureza negocial.

Extraíndo os argumentos acima expostos, faz-se notar, que a realização do negócio jurídico é pressuposto necessário para a incidência dos impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro e relativo a títulos ou valores mobiliários.

²⁵ MOSQUERA. op.cit.

²⁶ FIUZA, Ricardo (Coord). Novo Código Civil Comentando. 4ª ed.,atualizada.São Paulo: Saraiva, 2005, p., 113.

Sob esta análise é necessário entender que o fundamento da materialidade da hipótese de incidência dos referidos impostos, essencialmente está no substantivo do verbo "operações", somado aos adjetivos "crédito", "seguro", "câmbio" e "relativos a títulos ou valores mobiliários".

Como ensina o Professor Paulo de Barros Carvalho, o critério material da hipótese de incidência das figuras tributárias contempla um verbo, que não apenas expressa uma ação, mas também um estado de ser e estar de predicação incompleta que importará necessariamente na exigência de um complemento²⁷.

Ainda o autor, em outra obra, definindo o termo operações sob a análise do ICMS, "(..) o vocábulo "operações", no contexto, exprime o sentido de atos ou negócios jurídicos hábeis para provocar a circulação de mercadorias"²⁸. (Grifo autor).

Com enfoque nos impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguros ou relativas a títulos ou valores mobiliários, Mosquera interpreta:

O termo operações pressupõe uma visão dinâmica das relações sociais e não uma posição estática. Sendo negócio jurídico bilateral, não podem existir operações realizadas consigo mesmo, uma vez que sob a ótica jurídica essas "operações" nada representam.²⁹ (Grifo autor).

Portanto, negócio jurídico é o elemento nuclear que conduz a regra matriz de incidência tributária dos impostos esculpidos no inciso V, do artigo 153, da Constituição Federal; e negócio jurídico neste sentido retrata uma relação bilateral de ajuste ou contrato, confirmada pela manifestação de vontade das partes, pois o termo operações sugere uma inter-relação na qual sempre haverá alguém em relação oposta. Assim, por exemplo, em uma operação de crédito temos o credor, que concede o crédito e o devedor, que recebe.

²⁷ CARVALHO, op. cit. p., 286 e 287.

²⁸ Idem, Direito Tributário Linguagem e Método. 2ª edição. São Paulo: Noases, 2008. p., 648.

²⁹ MOSQUERA, op.cit. p., 117.

3.1 Análise Conotativa da Expressão "Operações de Crédito" na Constituição Federal

Em momento anterior debatemos a concepção e importância do termo "operações", restando claro que se trata de negócio jurídico bilateral tutelado pelo direito produtor de efeitos.

Todavia o vocábulo "operações", na Constituição Federal, como substantivo de gênero, requerer necessariamente um complemento, que enlaçará suas aspirações, caso contrário, por si só será inócuo.

Diante disso, necessário se faz a compreensão do adjunto adverbial associado ao termo "operações" a expressão "crédito", que no caso é o objeto de estudo.

Crédito, palavra de origem latina, derivada da expressão *credere, creditum* que significa confiar.

Sob o aspecto econômico, traduz a confiança em entregar uma coisa a outrem, com a promessa futura de restituição de algo equivalente.

A acepção jurídica define o direito de exigir de outrem o cumprimento de uma obrigação contraída.³⁰

Analisando sob a ótica do direito, o vocábulo crédito verte-se nas premissas:

a) confiança no sentido de boa fé e solvência da contraparte;

³⁰ SILVA, De Plácido E. Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho, e Gláucia Carvalho. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 397 e 398.

b) entrega de um bem no presente, com o voto de retorno no futuro de um bem correspondente, ante ajustado.

Aliás, sustentando tal premissa, segundo o entendimento de Arnaldo Rizzardo, "(..) Marca o crédito, por conseguinte, a existência de um intervalo de tempo entre uma prestação e uma contraprestação correspondente. É indispensável a confiança da parte que fornece o crédito na solvência do devedor."³¹

Razão a qual temos a lição de que a palavra crédito, em termos jurídicos, conduz ao entendimento de um ato contratado entre as partes, qualificado pela existência de um lapso temporal equivalente a prestação presente e a contraprestação futura, originada pela confiança e solvência do devedor.

Logo, unindo os dois termos "operações" e "crédito" temos a locução "operações de crédito", concernente a um negócio jurídico bilateral manifestado pela vontade das partes, consubstanciado pela confiança na entrega de um bem no presente, culminado pela obrigação futura de restituição de um bem equivalente.

E a locução "operações de crédito" atida na Carta Magna como pressuposto de incidência do imposto sobre operações de crédito, perfaz na combinação do termo "operações", como ato jurídico em sentido amplo, encerrado dentro da norma jurídica em sentido estrito pela conseqüência da associação do vocábulo crédito.

Elevando ao antecedente da Regra Matriz de Incidência Tributária, o vocábulo "operações" é identificado na composição do critério material do imposto sobre operações de crédito como gênero, que será qualificado pela espécie "crédito". E esta conjugação será o pressuposto de validade que deverá guardar a norma jurídica tributária infraconstitucional.

³¹ RIZZARDO, op.cit.,p., 18.

4 O ALCANCE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO

Como visto em tópico anterior, a locução "operações de crédito", na Constituição Federal, reserva a generalidade, deixando a cabo do legislador infraconstitucional desenhar o seu campo de incidência, pois o imposto sobre operações de crédito poderá incidir sobre negócios jurídicos que tenham por escopo uma prestação presente, em face de uma contraprestação futura.

Dentro deste prisma, resta claro que podem enquadrar-se invariáveis espécies de operações de crédito, podendo ser entre ou com: pessoas físicas, pessoas jurídicas e entidades financeiras, ou seja, qualquer uma das personalidades expostas pode figurar como cedentes ou devedores entre si na relação das operações de crédito³².

Desta forma temos dois pontos a observar: o primeiro, que a operação de crédito é o núcleo de materialidade do imposto sobre operações de crédito insculpido no inciso V do artigo 153 da Constituição Federal, que por sua vez, deixou abrangente tal expressão para que o legislador ordinário pudesse prescrever as operações de crédito que pretendesse ver tributadas.

Por segundo, poderá o legislador infrafederal no pleno exercício de competência outorgada pela Carta Federal, dentro da perspectiva de Lei Complementar³³, legislar

³² MOSQUERA, op.cit. p.,119.

³³

Art. 146 "Cabe a Lei Complementar:

II - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre;

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;" Constituição Federal de 1988.

ordinariamente elegendo qualquer negócio jurídico de crédito para circunscrever o alcance do fato jurídico tributário.

Assim, no exercício de sua competência, a fim de instituir o imposto sobre operações de crédito, a União, através da lei 5.143 de 1966, com fundamento na emenda Constitucional nº 18/65, instituiu no Brasil o imposto sobre operações de crédito. Desenhando como base econômica de alcance as operações de crédito realizadas com Instituição Financeira.

Conclusão decorrente do enunciado no artigo 1º, da referida lei que impõe: "O imposto sobre Operações Financeiras incide nas **operações de crédito** e seguro, **realizadas por instituições financeiras** e seguradoras, e tem como fato gerador (...) ³⁴". (Grifo nosso).

Ainda sob a outorga de competência constitucional, o legislador infraconstitucional descreveu a tributação das operações de crédito entre entidades não financeiras com a introdução no ordenamento jurídico brasileiro da lei nº 9.779/99, que através do artigo 13 destaca:

As operações de crédito correspondente a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física sujeitam-se à incidência do IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras³⁵.

Discorrendo sobre tais premissas nota-se que o legislador infraconstitucional escolheu e, assim limitou seu campo de tributação do imposto sobre operações de crédito, as operações de crédito tendo como cedentes as Instituições Financeiras e as Pessoas não financeiras.

³⁴ BRASIL, Lei 5.143 de 20 de outubro de 1966. op. cit.

³⁵ BRASIL. Lei nº 9.779 de 19 de janeiro de 1999. Altera a legislação do Imposto sobre a Renda. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, DF, 20 jan. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Leis/L9779.htm>. Acesso em setembro de 2010.

Conquanto, somente será objeto de tributação do imposto sobre operações de crédito, as operações de crédito que tenham no pólo ativo da relação as entidades financeiras e as entidades não financeiras conessoras de crédito.

4.1 A Incidência do Imposto Sobre Operações de Crédito nos Contratos de Crédito Realizados entre Pessoas Não Financeiras

Com a lei nº 9.779 de 1999, o legislador infra federal ampliou o alcance das hipóteses de incidência do imposto sobre operações de crédito para as operações de crédito realizadas por Pessoas não Financeiras.

Posto que, configura como fato gerador previsto no artigo 13 da aludida lei, "as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física³⁶"

Ao adentrarmos no critério material da exação, nos deparamos com a locução "mútuo de recursos financeiros", mister porquanto se faz compreender o conceito de mútuo e recursos financeiros capitulado na hipótese de incidência enunciada.

Primeiramente, o mútuo é um instituto da legislação civil, concernente a um contrato de empréstimo de coisa fungível, assumindo a contraparte no final do prazo estipulado a devolução de coisa equivalente podendo ser gratuito ou oneroso.

A teor da legislação Civil, o artigo 586 e 591 do Código Civil:

³⁶ BRASIL. Lei nº 9.779 de 19 de janeiro de 1999. op.cit.

O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos os juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que refere o art. 406, permitida a capitalização anual³⁷.

Quanto ao termo recursos financeiros, embora ambíguo e vago, deve-se entender por dinheiro, não atingindo outros ativos como ouro ou títulos de valores mobiliários. Haja vista que, o termo utilizado restou comum e pela interpretação comum, devemos ater a primeira significação semântica das palavras. Ademais, o legislador ao definir o campo de atuação da exação sobre crédito às entidades não financeiras, desejou equiparar-las as operações de crédito realizadas por Instituições Financeiras, nas quais os empréstimos realizados em dinheiro são tributáveis.

4.2 A Constitucionalidade do Imposto Sobre Operações de Crédito de Entes Não Financeiros

A primeira lei instituidora do então imposto sobre operações de crédito - IOF, limitará o âmbito de incidência às operações praticadas por Instituições Financeiras.

Entretanto, como visto em item anterior, o legislador infraconstitucional ampliou seu campo de atuação para as hipóteses de incidência, concernentes a negócios jurídicos de crédito, praticados por entes não financeiros.

Por esta razão não há impedimento constitucional para tal previsibilidade, por menos pelo Código Tributário Nacional, haja vista que a locução "operações de crédito",

³⁷ FIUZZA, op. cit., p., 532 et seq.

enunciada na Constituição Federal, encerra o entendimento de que qualquer negócio jurídico sob crédito, poderá ser alçando, independentemente de ser realizado por Instituições Financeiras ou outras entidades que não sejam financeiras, podendo o legislador ordinário nos limites de sua competência, construir e denominar qualquer exação sob esta perspectiva.

Ilustrando o trabalho, notório informar a posição do jurista Guilherme Cordeiro em artigo escrito para a Revista Dialética, onde debate sobre a inconstitucionalidade da lei 9.779/99, fundamentando a premissa de que o IOF, sobre contrato de mútuo entre Pessoas não Financeiras, trata-se de uma nova hipótese de incidência para o IOF e desta maneira, para sua regular instituição, deveria se ater ao plano de competência residual da União, devendo-se porquanto observar os preceitos do artigo 154, inciso I da Constituição Federal³⁸.

Seus argumentos:

Lei Complementar já circunscreveu o Fato Gerador do IOF àquelas Operações de Crédito Realizadas apenas pelas Instituições Financeiras.

A Lei Ordinária não pode agregar Hipóteses que não guardam Sintonia com a Natureza Extrafiscal do IOF.

na Forma prevista do art. 13, da lei nº 9.779/99, o IOF é um Imposto sobre o Patrimônio e não sobre "Operações de Crédito"³⁹.

No tocante ao seu primeiro argumento de que a Lei Complementar circunscreveu o Fato Gerador, a operação de crédito realizada apenas por Instituições Financeiras, está se baseando na lei 5.143/66, entendendo que ela, foi recepcionada pela Constituição Federal como Lei Complementar, alcançado apenas a hipótese de incidência do imposto sobre operações de crédito realizadas por instituições financeiras.

³⁸ Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fator gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

³⁹ Cf. NETO, op. cit. p. 21, et. seq.

Em que pese o posicionamento do ilustre jurista, *data venia*, algumas considerações devem ser abordadas.

A lei 5.143/66 sim circunscreveu o campo de atuação da hipótese de incidência para as operações de crédito constringidas pelas Instituições Financeiras posto tratar-se, de conteúdo atinente à matéria tributária e não de forma tributária que decorreria da Constituição Federal, mas também a lei 5.172/66 Código Tributário Nacional também pressupõe matéria regular geral e suas disposições confirmam:

Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, (..) 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 interessado⁴⁰.

Conquanto como bem observa o próprio autor nesta obra: "Não deve causar espécie a afirmação lançada (..), de que as Leis 5.172 e 5.172, embora originariamente leis ordinárias, foram recepcionadas com *eficácia* de lei complementar"⁴¹. (Grifo autor).

Percebe-se que o Código Tributário Nacional não se ateve tão somente às operações de crédito realizadas com instituições financeiras. Com isso indaga-se: quais das Leis Complementares devem ser praticadas, entendo que as duas, visto que não há conflitos entre elas, posto que possuem âmbitos de atuação próprios conservados pelas reservas de suas matérias.

Essa conclusão decorre que a Carta Federal utilizou a locução "operações de crédito" de forma genérica, não restringindo campos de atuação, sendo genérica a expressão

⁴⁰ BRASIL, Código Tributário Nacional e Constituição Federal. op. cit.

⁴¹ Cf. NETO. Op. cit.

"operações de crédito", delegou assim a legislação infraconstitucional o arquétipo dos negócios jurídicos que bem provier fundamento na base econômica "operações de crédito".

A lei 5.146/66 arquitetou os negócios jurídicos em matéria geral tributária atinentes às instituições financeiras, sendo por sua vez uma das possíveis hipóteses de incidência. Por outro lado, o Código Tributário Nacional em matéria geral tributária abrange todas as hipóteses de incidência correspondente a negócios jurídicos com crédito.

Ademais, como indica o próprio autor (Guilherme Cordeiro) neste mesmo artigo ao intelecto sobre as duas leis, 5.143/66 e 5.172/66, Código Tributário Nacional:

(..) pode-se questionar acerca da coexistência das duas leis (ambas de mesma natureza - ordinária), já que a segunda regula matéria tratada pela que lhe antecede. Embora a discussão comportasse outras análises, a questão pode ser resolvida pelo § 2º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil: " A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior." Pois bem, havendo a coexistência de ambas, não é preciso muito esforço para reconhecer que foram recepcionadas pela Constituição de 1988, com foros de lei complementar, por tratar de matéria reservada a essa espécie normativa. Hoje, portanto, o fundamento de validade para a exigência do IOF, ao menos no plano do que está reservado à lei complementar, assenta nas disposições das Leis 5.143 e 5.172⁴².

Conclui-se, portanto, com referência ao alcance da exação fiscal do imposto sobre operações de crédito, deve -se observar as duas leis em matéria geral tributária e com isso não existe qualquer óbice para o Poder Legislativo infra Federal criar novas hipóteses de incidência, uma vez que a Constituição Federal abrangeu o campo de incidência através da expressão genérica "operações de crédito".

⁴² NETO. p. 21. et. seq.

4.3 A Legitimidade da Cobrança de Imposto Sobre Venda de Direitos Creditórios Realizados por Empresas de Factoring

A lei 9.532/97, em seu artigo 58, introduziu a tributação do imposto sobre operações de crédito em negócios jurídicos referentes a cessão de direitos creditórios entre Pessoas Jurídicas ou Pessoas Físicas com empresas que tenham atividade e objeto a faturização:

Art. 58. 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 1995 (*factoring*), direitos creditórios resultantes de vendas a prazo, sujeita-se à incidência do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários - IOF às mesmas alíquotas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimo praticadas pelas instituições financeiras⁴³.

Primeiramente necessário se faz compreender o conceito empresa de atividade factoring e cessão de direitos creditórios.

Empresa define-se por uma organização econômica constituída por pessoas naturais ou personificada (Pessoa Jurídica), com a finalidade de explorar determinado ramo de negócio a fim de obter lucro, podendo ser a comercialização de produtos ou de serviços.

Factoring instituto o qual as empresas comerciais, industriais ou de serviços cede o resultado de suas vendas a empresa que tem por objeto prestar: cumulativamente e continuamente serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de

⁴³ BRASIL. Lei nº 9.532 de 10 de dezembro de 1997. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, DF, 11 dez. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Leis/L9532.htm>. Acesso em setembro de 2010.

riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.

Cessão de direitos creditórios, contrato gratuito ou oneroso de transferência de direitos de crédito a outrem, podendo ser parcial ou total.

Em regra, o cedente não está obrigado a responder pela liquidação do crédito perante o cessionário, exceto quando houver previsibilidade contratual de regresso ou subexistir má fé por conta do cedente concernente a garantia de fato, pressuposto dos contratos de cessão de direitos creditórios conforme disposição dos artigos 286 e seguintes do Código Civil de 2002.

A empresa de factoring, em linhas gerais, desenvolve a atividade voltada a prestar serviços em gestão de riscos provenientes da cessão de direitos creditórios, referentes às vendas mercantis ou de serviços de terceiros, assumindo o risco por eventual inadimplemento, recebendo em contra partida, uma remuneração.

Cessão de direitos creditórios na faturização, perfaz em essência, a venda de títulos mercantis temporais, sendo o produto das atividades praticas por entes comerciais ou prestacionais, sub rogando o direito de credor ao cessionário no negócio jurídico.

Importa saber que as cessões de direito creditórios possuem duas naturezas distintas: A *conventional factoring*, que se define quando os direitos de crédito são pagos antecipadamente ao cedente, no momento da cessão, e a *Maturity factoring*, quando os direitos creditórios cedidos são pagos em seus respectivos vencimentos.

Trazendo a luz do direito tributário concernente às hipóteses de incidência e fato jurídico tributário de imposto sobre operações de crédito, a cessão de direitos creditórios em

primeira análise não configura fato jurídico descritor do antecedente da norma de incidência tributária. Isto porque quando o negócio jurídico de cessão de direitos creditórios versarem apenas compra e venda destes direitos, sem o pacto de regresso, como é o caso da *conventional factoring* teremos uma operação pronta e acabada que se finda instantaneamente no momento da sua celebração.

Nítido está, que não tratará de uma operação de crédito, objeto pretendido pela exação fiscal. Por certo que para haver uma operação de crédito, necessariamente deve-se pautar aos elementos: entrega de um bem no presente, para reavê-lo restituído no futuro, integro lapso temporal, não sendo fato passível de tributação pelo artigo 153, inciso V da Constituição Federal, persistindo a ilegitimidade.

No entanto, nas operações de cessão de crédito onde foi pactuado o direito de regresso alinha-se a uma perfeita operação de crédito passível de instituição pelo artigo 153, inciso V, da Constituição Federal, haja vista que estão presentes os elementos signos do crédito correspondente a troca de um bem presente com a prestação futura de vê-lo restituído, sob a exigência pactuada na obrigação do cedente voltar para si, a obrigação de quitar os débitos havidos pelo inadimplemento.

Concordando parcialmente com este entendimento, o Supremo Tribunal Federal em 1998, na ADIN nº 1.763-8/ Distrito Federal, julgamento cautelar, decidiu:

EMENTA: IOF: incidência sobre operações de factoring (L. 9.532/97, art.58): aparente constitucionalidade que desautoriza a media cautelar. O âmbito constitucional de incidência possível do IOF sobre operações de crédito não se restringe às praticadas por instituições financeiras, de tal modo que, à primeira vista, a lei questionada poderia estendê-la às operações de factoring, quando impliquem financiamento (factoring com direito de regresso ou com adiantamento do valor do crédito vincendo - *conventional factoring*); quando, ao contrario, não contenha operação de crédito, o factoring, de qualquer modo, parece substantivar negócio relativo a títulos e valores mobiliários, igualmente susceptível de ser submetido por lei à incidência tributária questionada.

Ao meu sentir, equivocado é o entendimento do Supremo Tribunal Federal na seguinte questão:

A cessão de direitos creditórios figurada pela *conventional factoring*, quando não pactuada à cláusula de regresso, se assemelha a um empréstimo bancário de mútuo, mas com ele não se conjuga, pelo simples fato de que na relação jurídica não temos a figura da instituição financeira, bem como o pressuposto de validade das operações de crédito consistente na restituição futura de algo entregue no presente.

E mesmo assim, se for possível tributar a simples cessão de direitos creditórios, por entender que é crédito concernente ao financiamento pela troca e circulação de títulos, teríamos que conceber também a idéia de tributar a pratica comercial que circula cheques pré datados por endosso.

5 O IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO NAS ENTIDADES FINANCEIRAS

Como estudado em tópicos anteriores, o imposto sobre as operações de crédito foi instituído no Brasil com a lei 5.143/66, prescrevendo no artigo 1º: "O imposto sobre operações financeiras incide nas operações de crédito e seguros, realizadas por instituições financeiras e seguradoras⁴⁴".

Conota-se que o critério material da incidência tributária encontra-se na expressão "realizar operações de crédito com instituições financeiras".

Por esta perspectiva arremata-se que a lei infraconstitucional circunscreveu apenas algumas espécies de operações de crédito e não todas, mas somente as atinentes em que o crédito é concedido por instituições financeiras.

Instituições Financeiras, por compreensão ao artigo 17 Lei da Reforma Bancária nº 4.595/64, consiste em personalidade jurídica, particular ou privada que intermédia ou aplica recursos próprios ou de terceiros em moeda nacional ou estrangeira, subordinando-se as regras do Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil.

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, 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, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros⁴⁵

⁴⁴ BRASIL, Lei 5.143 de 20 de outubro de 1996. op. cit.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 4.595/64 de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias Bancárias e Creditícias. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, DF, 31 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Leis/L4595.htm>. Acesso em setembro de 2010.

As operações de crédito realizadas por instituições financeiras são denominadas Contratos de Crédito Bancário:

Contrato de crédito bancário tem por natureza a concessão de crédito caracterizada pela prestação de dar.

Natureza vertente pela própria constituição jurídica do objeto social das instituições financeiras, que capta recursos financeiros no mercado sob a modalidade de depósitos, transferindo a terceiros, por intermédio das concessões de crédito.

Inaugurando a prescrição normativa das modalidades de crédito alcançadas pelo imposto sobre operações de crédito, o decreto lei nº 1.783/80 no artigo 1º, inciso I denomina os negócios jurídicos de crédito atinentes as instituições financeiras que decorrerá a exação fiscal.

Art. 1. O imposto incidente, nos termos do art. 63 do Código Tributário Nacional, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários será cobrado às seguintes alíquotas:

I - empréstimos sob qualquer modalidade, aberturas de crédito e descontos de títulos: (..)⁴⁶

Diante do enunciado prescritivo, conclui-se que foram apenas arquetetas algumas das espécies dos contratos de crédito bancário que resultará na incidência tributária do imposto sobre operações de crédito: a) empréstimos sob qualquer modalidade; b) aberturas de crédito; c) descontos de títulos.

⁴⁶ BRASIL. Decreto Lei nº 1.738 de 1980. Dispõe sobre Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros e sobre Operações relativa a Títulos e Valores Mobiliários. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, DF, 22 abr. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Leis/Decr1738.htm>. Acesso agosto 2010.

Abrindo um parêntese apenas aqui, importa fazer algumas considerações em relação as lei 8.894/94 e a lei 5.143/66 com as alterações advindas do decreto lei 1.738/80.

De maneira geral, a lei 5.143/66 determinou as feições das hipóteses de incidência do imposto sobre operações de crédito, circunscrevendo o fato jurídico tributário, definindo a base de cálculo, alíquotas, contribuintes e responsáveis tributários, bem como as normas sancionadoras. Conquanto, após a sua publicação, ocorreram algumas mudanças legislativas que alteraram seu aspecto, dentre eles o decreto lei 1.738/80 e a lei 8.894/94.

No que tange ao decreto lei 1.738/80, a inovação ocorreu em delimitar e descrever qual será o objeto passível das operações de crédito com instituições financeiras, que estará no pólo da hipótese de incidência tributária sendo eles: o empréstimo sob qualquer modalidade, aberturas de crédito e desconto de títulos.

A lei 8.894/94, embora tenha utilizado a expressão genérica "operação de crédito", não adentrou na matéria, ou seja, não dispôs sobre o critério material da hipótese de incidência do imposto sobre operações de crédito. Fixando apenas alíquota definindo a base de cálculo e contribuintes:

Art. 1.º O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários será cobrado à alíquota máxima de 1,5% (um e meio por cento) ao dia, sobre o valor das operações de crédito e relativas a títulos e valores mobiliários.

Art. 2.º Considera-se valor da operação:

I - nas operações de crédito, o valor do principal que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

Art. 3º São contribuintes do imposto:

I - os tomadores de crédito, na hipótese prevista no art. 2, inciso I⁴⁷.

⁴⁷ BRASIL, Código Tributário Nacional e Constituição Federal. op. cit.

Por estas disposições, claro contempla-se que tanto o decreto lei 1.738/80 e a lei 8.894/94 se completam, sendo que o Decreto Lei faz contornos ao núcleo de materialidade, base econômica antecedente da norma jurídica tributária em sentido estrito, e a lei 8.894/94 arquiteta o seu conseqüente, para a perfeita construção da Regra Matriz de Incidência Tributária do imposto sobre operações de crédito atinente aos negócios jurídicos praticados com instituições financeiras.

Aplicando o ensinamento do Professor Paulo de Barros Carvalho na construção da estrutura lógica da norma padrão de incidência tributária temos⁴⁸:

Hipótese descritor - critério material: empréstimos sob qualquer modalidade; aberturas de crédito e desconto de títulos realizados com instituições financeiras. Aplicação do artigo 1º do Decreto Lei 1.738/80.

Conseqüente prescriptor - critério pessoal - sujeito ativo: a União por outorga de competência expressa da Constituição Federal - sujeito passivo: os tomadores de crédito a estrito senso do artigo 3º da lei 8.894/94 e responsáveis tributários, a instituição financeira que concedeu o crédito, por entendimento do artigo 3º, inciso I do Decreto Lei 1.783/80 que enuncia: "São responsáveis pela cobrança do imposto e pelo seu recolhimento ao Banco Central do Brasil, ou a quem este determinar, nos prazos fixados pelo Conselho Monetário Nacional: I - nas operações de crédito as instituições financeiras⁴⁹.

Critério quantitativo - base de cálculo: o valor da operação de crédito que constitua objeto da obrigação ou sua colocação a disposição do interessado e alíquota: 1,5% (um e meio percentual) máximo ao dia, sobre o valor da operação de crédito por decorrência do artigo 1º da lei 8.894/94.

⁴⁸ CARVALHO, op.cit. p., 260.

⁴⁹ BRASIL. Decreto Lei nº 1.738 de 1980. op.cit.

5.1 A Base Econômica do Imposto Sobre Operações de Crédito Com Instituições Financeiras

A base econômica do imposto sobre operações de crédito realizadas por entes financeiros, como vimos anteriormente, deve tão somente versar sobre as espécies, empréstimos bancários sobre qualquer modalidade, aberturas de crédito bancário e descontos de títulos.

O conceito jurídico do empréstimo está disciplinado no Código Civil artigo 579 e 586⁵⁰, sob duas categorias : o comodato e o mútuo. Comodato é o empréstimo gratuito de coisa não fungível, que perfaz com a tradição do objeto. O mútuo é o empréstimo gratuito ou oneroso de coisa fungível, onde uma das partes entrega um bem que possa ser consumível a outrem, que se obriga a restituí-lo em tempo futuro na mesma qualidade.

Arnaldo Rizzardo, definindo o conceito de empréstimos bancários:

Iguala-se o empréstimo bancário praticamente ao mútuo comum, regrado pelo Código Civil.

Há mútuo sempre que alguém entrega a outrem uma certa quantidade de coisas fungíveis, para que a consuma, comprometendo-se a devolver, na forma e no prazo avençados, não as próprias coisas recebidas, mas coisas ou bens equivalentes em quantidade, qualidade e gênero⁵¹.

Não há de olvidar que para fins de incidência do imposto sobre operações de crédito na espécie empréstimos sob qualquer modalidade o mútuo é o instituto que se qualifica, posto que as instituições financeiras somente fazem empréstimo de coisas fungíveis, seja dinheiro ou títulos de valores mobiliários em virtude da sua própria atividade. A exemplo

⁵⁰ FIUZZA, op. cit. p., 523, et. seq.

⁵¹ RIZZARDO, op.cit., p.,34.

disso, temos os contratos de empréstimo pessoal para pessoa física e o contrato de empréstimo de capital de giro para pessoas jurídicas.

Abertura de Crédito, contrato o qual a instituição financeira coloca a disposição do cliente certa quantia em dinheiro, que poderá ser utilizado ou não, cobrando juros e encargos sobre os valores utilizados, podendo ter prazo certo ou indeterminado. Com ele está associado o contrato de depósito, onde poderá ser amortizado ou reutilizado mediante entrada - saída de recursos o denominado cheque especial. Nas palavras de Fábio Ulhoa: "Cuida-se de um contrato consensual e bilateral, em que a marca distintiva é a disponibilização de recursos financeiros"⁵².

Desconto de títulos é o contrato bancário onde se pratica a atividade financeira de antecipar as vendas faturizadas a vencer por recursos financeiros, descontando-se, no ato, os juros remuneratórios do período entre a entrega do valor e o vencimento breve dos títulos somadas às despesas da operação, creditando-se o valor líquido. Por ser de atividade financeira bancária, concernente a um empréstimo bancário pela sua própria natureza jurídica *pro solvendo*, o cedente fica sujeito a responder pelo inadimplemento dos títulos. Conceito de Arnaldo Rizzardo: "O desconto, em última instância, igualmente expressa uma forma de mútuo, porquanto o cliente recebe previamente o valor dos títulos transferidos ao banco"⁵³.

Em suma, as bases econômicas que compõem o critério material concebível para a Regra Matriz de Incidência Tributária incidente do imposto sobre operações de crédito com instituições financeiras, correspondem ao empréstimo bancário de mútuo feneratício, a abertura de crédito bancário e o desconto de títulos bancários, não havendo sob qualquer suposição outras modalidades de contrato de crédito bancário, ao passo que a lei infra federal

⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 441.

⁵³ RIZZARDO, op.cit., p.,76.

no exercício de sua competência taxativamente exportou tais acepções, não deixando a quem correlatas possibilidades arquitetadas fora do âmbito legislativo.

Posto que tal suposição infringe os preceitos principais da limitação do poder de tributar, constricto no princípio da Reserva Legal Constitucional como diretriz do Sistema Jurídico, que assegura ao contribuinte que somente através de lei narrada em pormenores será expropriado a sua propriedade.

Neste sentir o Professor Roque Antonio Carrazza explica:

O princípio da legalidade é uma das mais importantes colunas sobre as quais se assenta o edifício do direito tributário. A raiz de todo ato administrativo tributário deve encontrar-se numa norma legal, nos **termos expressos do art. 5º, II, da Constituição da República(..)**. Mas **o legislador constituinte, empenhado em acautelar direitos dos contribuintes, foi além:** deixou estampada esta idéia **noutra passagem da Carta Magna, nomeadamente em seu art. 150, I** (sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça).

O princípio da legalidade teve sua intensidade reforçada, no campo tributário, pelo art. 150, I, da CF. Graças a este dispositivo, **a lei - e só ela - deve definir, de forma absolutamente minuciosa, os tipos tributários.** Sem esta precisa tipificação **de nada valem regulamentos, portarias, atos administrativos e outros atos normativos infralegais: por si sós, não têm a propriedade de criar ônus ou gravame para os contribuintes**⁵⁴. (Grifo nosso)

⁵⁴ CARRAZZA, op. cit. p., 259 et.seq.

6 O EMPRÉSTIMO BANCÁRIO INCIDENTE DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO E O DECRETO Nº 6.306/ 2007 - RIOF

Atualmente, a disciplina legislativa sobre os impostos concernentes ao artigo 153, inciso V, da Constituição Federal, está consolidado em um único diploma, o decreto 6.306/07 - RIOF e suas alterações, que compilam sobremaneira às disposições das leis 5.143/66, 5.172/66, 8.894/94, e o decreto lei 1.738/80.

Subjugado na perspectiva da lei 5.143/66 e a lei 5.172/66 e o decreto lei 1.738/86, o decreto 6.306 de 2007 em seu artigo 1º, enunciou: "O Imposto sobre Operações de Crédito, (..) - IOF será cobrado de conformidade com o disposto neste Decreto." E ainda no artigo 2º e inciso I, alínea "a" dispõe: "O IOF incide sobre: I - operações de crédito realizadas: a) por instituições financeiras⁵⁵".

Logo adiante, no artigo 3º, do mesmo diploma legal descreve: "O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado." Em seguida no parágrafo 1º e inciso VI, ainda do mesmo artigo 3º, impõe: "Entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operações de crédito: VI - na data da novação, composição, consolidação, confissão de dívida e dos negócios assemelhados, observado o disposto nos §§ 7º e 10 do art.7º⁵⁶".

Diante de tais disposições, chama a atenção o parágrafo 1º, inciso VI do artigo 3º do aludido decreto 6.306/07, que conota como fato gerador do imposto sobre operações de

⁵⁵ BRASIL, Código Tributário Nacional e a Constituição Federal, atualizada e acompanhada de Legislação Complementar. op.cit.

⁵⁶ Ibidem.

crédito, "a data da novação, composição, composição, consolidação, confissão de dívidas e negócios assemelhados".

Novação, composição, confissão de dívidas e negócios assemelhados, configuram as espécies taxativas exportadas pela legislação tributária para figurar como hipóteses de incidência do imposto sobre operações de crédito com instituição financeira {?}

Aparentemente temos que não, posto que como debatido em item anterior, as operações de crédito com instituições financeiras em que o legislador pretendeu alcançar e assim definiu foram dispostas pelo decreto lei 1.738/80, artigo 1º e inciso I : "empréstimo sobre qualquer modalidade" - concernente ao contrato de mútuo bancário, a "abertura de crédito" e o desconto de títulos".

Quanto a negócios assemelhados, circunstância fora do alcance de incidência do imposto sobre operações de crédito nos moldes pré-estabelecidos, de certo que, assemelhar possui a conotação de parecido e não idêntico, e neste ínterim, semelhante para a construção do fenômeno de hipótese de incidência tributária perfaz em abrangente, o qual não é tutelado pelas acepções constrictas e definidas, posto que a lei detalhou minuciosamente o empréstimo bancário na figura de mútuo que, como sabemos, perfaz em um negócio novo e inusitado, de entrega instantânea, presente, para futura restituição.

Conquanto a novação por entendimento ao artigo 360 do Código Civil, aperfeiçoa-se pela extinção de uma obrigação por ter sido substituída por outra.

Moldando-a para as relações creditícias, consiste na renegociação de dívida junto ao credor, onde o devedor assumirá um contrato que poderá versar em confessar, consolidar ou compor seus débitos por substituição e assim extinguir o débito anterior.

Trazendo o instituto Novação em face das hipóteses de incidência do imposto sobre operações de crédito com entes financeiros concernentes as espécies empréstimo bancário, abertura de crédito e desconto de títulos, encontramos alguns obstáculos; novação quando não existe liberação de novos recursos, não corresponde à entrega de um bem presente para vê-lo restituído equivalentemente no futuro, visto que o bem já foi contraído anteriormente, não é negócio novo inusitado de entrega instantânea presente equivalente ao crédito, porquanto resolutivo em seu termo inicial, ou seja, não condiz na entrega congruente da tradição elemento, o qual pressupõe satisfeito o contrato de mútuo, nos parâmetros legais dos atos jurídicos regulados no ordenamento jurídico.

Em tempo, novação, por conseguinte, quer dizer consolidar, confessar ou compor a dívida, possuindo a natureza jurídica de substituição, subjugada a algo pré-existente. Caso contrário não haveria de ser, pelo simples fato de que "Nova -se" por existir anterior precedência e não precedência ulterior. E precedência anterior do crédito como aceção futura de negócio jurídico equivale a bens a receber, e bens a receber, por óbvio foi estabelecido o fornecimento de crédito e liquidar o crédito fornecido anteriormente, pela novação, desqualifica-se do empréstimo de mútuo bancários adstrito pela lei que arquitetou a exação fiscal do imposto sobre crédito bancários, pelo simples fato que, já foi, realizada a tradição, ato pressuposto de validade do contrato de mútuo, e com isso estabelecido o negócio jurídico.

Ademais, por outro giro, a novação descaracteriza-se de empréstimos de mútuo com instituições financeiras, porque o mútuo bancário, em essência, é um empréstimo de consumo e neste sentir havido a entrega do bem no caso o dinheiro, temos por consumido. Arnaldo Rizzardo, explicando o objeto do contrato de mútuo bancário define: " Nota-se que o banco entrega uma soma em dinheiro, a qual passa a pertencer ao mutuário, que suportará os

ônus pelos riscos ocorriáveis. Há uma efetiva tradição da propriedade, e não apenas do direito ao uso⁵⁷".

Todavia, quando a novação depender liberação de recursos novos, resta claro que temos um empréstimo bancário implícito, referente a parcela nova liberada, que cotejará em incidência do imposto sobre operações de crédito correspondente apenas ao valor do novo recurso liberado.

Poder-se-ia, argumentar que pela disposição do inciso I, do artigo 63 do Código Tributário Nacional, a novação disposta no decreto 6.306/07, inciso VI, parágrafo 1º, do artigo 3º, perfaz apenas um fato gerador.

Tenho como negativa e erro grosso, pois o fato gerador⁵⁸ exprime uma situação definida em lei, necessária e suficiente para determinar a obrigação tributária e, pelo o que se pese, a novação não está descrita na lei como hipótese de incidência tributária como o contrato de empréstimos bancários, a abertura de crédito bancário ou desconto de títulos. No demais, os dispositivos acima aludidos não poderiam ser interpretados de forma extensiva a alcançar outra acepção jurídica, posto que o Direito Tributário é regido pelos princípios constitucionais da reserva legal, que limita o poder de tributar, não cabendo interpretações extensivas a transpor o que a lei desenhou como exato objeto a ser pretendido.

Empréstimo sob qualquer modalidade circunscrito no artigo 1º e inciso I, da lei 1.783/80, refere-se a contrato de mútuo subjacente a negócio jurídico praticado por instituição financeira concernente a mútuo feneratício, substanciado em negócio novo inusitado de

⁵⁷ RIZZARDO, op. cit, p., 39.

⁵⁸ Art. 114. do Código Tributário Nacional. "Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência".

entrega instantânea presente, de equivalente quantia para ser ter restituído no futuro, satisfazendo o interregno lapso temporal.

E não o que se desejou o decreto 6.306/2007, "inovando" com o instituto de novação, que é outra modalidade de negócio jurídico, da qual o legislador infra federal não arquitetou na norma jurídica tributária em estrito senso. Porquanto criando nova exação fiscal, sob o manto do imposto sobre operações de crédito. Outrora totalmente defeso, haja vista que, somente por lei pode-se criar ou aumentar tributos, configurando verdadeira afronta aos princípios constitucionais e a própria Constituição Federal.

Conduzindo os ensinamentos do Professor Roque Antonio Carrazza:

Incontroverso, pois, que a cobrança de qualquer tributo pela Fazenda Pública (nacional, estadual, municipal ou distrital) só poderá ser validamente operada se houver uma lei que a autorize. O princípio da legalidade é um limite intranponível à atuação do Fisco. O tributo subsume-se a esse princípio constitucional.(..) O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição haver protegido a propriedade privada(arts. 5ª, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei⁵⁹.

6.1 A Conceituação do Instituto Novação como Financiamento e o Alcance da Hipótese de Incidência do Imposto Sobre Operações de Crédito

Nas lições anteriores, descrevemos que o termo "operações de crédito", utilizado pela Constituição Federal, nos termos do art. 153, inciso V, conclui-se por negócio jurídico, tendo como pressuposto inicial a transmissão da propriedade de um bem. E o vocábulo

⁵⁹ CARRAZZA, op.cit. p., 260, et .seq.

crédito, o elemento qualificador do negócio jurídico fundamentado na confiança que consigna a troca de um bem presente por uma equivalente restituição futura.

Trazendo tais definições ao instituto da novação figurada na consolidação, confissão ou composição de dívida.

Nota-se que na novação inexistente a transmissão da propriedade, posto que pelo negócio jurídico precedente, o bem (propriedade) foi entregue ao devedor, que o integralizou ao seu patrimônio. Integralizado ao seu patrimônio, o bem ou propriedade (quantia) havida por empréstimo bancário passará a ser uma despesa e, ao realizar a Novação, seja por confissão, consolidação ou composição de dívida, estará financiando-a. E financiar ou financiamento, em sentido estrito, empregam o significando de custeio, ou seja, prover sucessivamente uma despesa, que no caso seria a dívida contraída por empréstimo bancário.

No entanto, financiamento, nos termos da lei 5.143/66 e suas alterações, não é base econômica a considerar como fato jurídico tributário condizente com as possíveis hipóteses de incidência das operações de crédito com instituições financeiras referentes aos contratos de crédito bancário, moldados pelo legislador tributário para se ver incidido o imposto sobre operações de crédito.

Em crítica a redação do artigo 13 da lei 9.779/99 -"As operações de crédito correspondente a mútuo de recursos financeiros (..) sujeitam-se a incidência do IOF segundo as mesmas normas aplicáveis as operações de financiamento e empréstimos praticados pelas instituições financeiras"⁶⁰. - O professor Mosquera, adverte:

(..) não há hipótese de tributação pelo IO/Crédito no caso de *financiamento*. Em nenhum momento a Lei nº 5.143/66 utilizou o termo *financiamento*. Dentre as operações de crédito bancário, foram eleitas pelo legislador como fato passível de

⁶⁰ BRASIL, Lei 9.779/99, op.cit.

tributação pelo IO/Crédito o *empréstimo, a abertura de crédito e o desconto de títulos*. Somente essas espécies de operações de crédito foram arroladas pela lei como sujeitas a tributação do imposto sobre operações de crédito. Portanto, deve-se rechaçar com veemência imprecisões como essas perpetradas pelo legislador tributário, já que poderão acarretar erros interpretativos futuros. (Grifos autor).⁶¹

A novação, com suas espécies possui em essência, o caráter de financiamento de dívidas pelo custeio da quantia representativa do crédito pré-concebido, que por sua vez, não há abrangência aos fatos jurídicos previstos na legislação tributária quanto às eleições da hipótese de incidência das espécies empréstimo de mútuo, abertura de crédito bancário ou desconto de títulos. Sendo conquanto inalcançável e impassível de tributação pelo imposto sobre operações de crédito, conferindo de plano ilegalidade jurídica tributária por si só ao ir a quem dos contornos previsíveis contidos na definição de hipótese de incidência dos negócios jurídicos praticados com instituição financeira derogada pela lei infraconstitucional.

Por outro giro, digamos que o legislador ordinário venha incluir na base econômica do imposto sobre operações de crédito, a Novação por financiamento de dívida. Enfrentaríamos, um outro problema, agora de ordem Constitucional, posto que os impostos são regidos pelo princípio da capacidade contributiva, que por excelência tem o importe de exteriorização de riqueza, ou seja, o quantum na medida do possível o contribuinte pode expor de seu patrimônio, sem que com isso acarrete em inviabilizar suas atividades naturais.

No caso da Novação por financiamento de dívida, não perfaz signo de riqueza, tem pelo contrário, por sua própria natureza, a “incapacidade financeira”, pois, o seu pressuposto inicial é que o devedor não está conseguindo honrar ou adimplir o débito nas condições estabelecidas, vindo a renegociar com o credor, conforme sua capacidade de pagamento, submetendo-se a instituir contra si, título executivo extrajudicial por confessar a dívida. Por sua vez, a instituição financeira credora aceita, para viabilizar o recebimento do

⁶¹ MOSQUERA, op. cit., p., 146.

débito, sob a garantia oferecida de ter em mão um instrumento jurídico capaz de cobrar o crédito, sem o conhecimento em Lide, em face da confissão de dívida assinada pelo devedor.

Sobremaneira, sendo “incapaz financeiramente” o devedor do financiamento de dívida, será capaz em contribuir tributariamente no imposto sobre operações de crédito {?}

Notório que a resposta será negativa, por uma questão de justiça fiscal, porque a capacidade contributiva, verte-se na graduação do quantum o contribuinte pode dispor de seu patrimônio a ofertar na gestão administrativa do Estado, pressupõe na origem um signo de riqueza e disponibilidade do administrado sem cercear aquilo que lhe é o mínimo vital.

Como bem ensina o Roque Antonio Carrazza:

Estamos convencidos de que o principio da não confiscatoriedade, contido no art. 150, VI, da CF (pelo qual é vedado “utilizar tributo com efeito de confisco”), devirá do principio da capacidade contributiva. Realmente, as leis que criam impostos, ao levarem em conta a capacidade econômica dos contribuintes, não podem compeli-los a colaborar com gastos públicos além de suas possibilidades. Estamos vendo que é confiscatório o imposto que, por assim dizer, “esgota” a *riqueza tributável* das pessoas, isto é não leva em conta suas capacidades contributivas(..) Portanto, o *principio da não confiscatoriedade* exige do legislador, conduta marcada pelo equilíbrio, pela moderação e pela medida, na quantificação dos tributos, tudo em vista um direito tributário justo⁶². (Grifos autor).

⁶² CARRAZZA, op.cit., p., 111 et.seq.

CONCLUSÃO

O Estado, para manter a gestão de suas finanças, retira parcela do patrimônio de seus administrados, sob uma relação jurídica denominada tributos.

Esta relação jurídica fundamenta-se na soberania do Estado, concernente ao plano interno do poder de governar os indivíduos que estão subjugados ao seu território.

Organizado juridicamente, através da elaboração de uma Constituição Federal, o Estado delimita sua atuação, política, social e financeira.

O Sistema Tributário Nacional consiste em um conjunto de normas e princípios constitucionais para o pleno exercício das atividades dos entes federados no campo tributário.

Consagrado no Título VI, Capítulo I da Constituição Federal de 1998, desenha exhaustivamente a competência impositiva aos entes federados, limitando-as consecutivamente. Sob este enfoque, o ente infraconstitucional arquiteta a construção da norma jurídica tributária em sentido estrito.

Entre os elementos da norma jurídica tributária, encontramos a base econômica que perfaz o signo de sentido da norma jurídica tributária.

No caso do imposto sobre operações de crédito com instituição financeira, temos a indagar que o legislador infraconstitucional circunscreveu suas bases econômicas pretendidas a tributar.

Desta forma, não cabe um simples decreto que é ato do Poder Executivo inovar sobre a matéria com o pretexto de servir de fiel execução da lei.

Diante destas razões percebi nas minhas pesquisas que ainda não foi dado conta que o termo financiamento não é base econômica para se ter tributado o imposto sobre operações de crédito, e mais, que a base econômica do empréstimo bancário não é abrangente, e sim restrita por ser puro contrato de mútuo. E o mútuo pela sua própria natureza é um negócio jurídico de bem consumível com disposições de novos créditos concedidos.

A conclusão que chego é que por interpretações literais das leis ordinárias, não há aprofundamento do conceito e definições do que realmente se trata de base econômica tutelada pelo legislador para fazer parte da hipótese de incidência do imposto sobre operações de crédito dos contratos bancários negociados com as instituições financeiras. E com isso, incorre-se em conclusões equivocadas distorcendo o que realmente é, a base da relação jurídica capaz de provocar a consequência que resultará na imposição da norma jurídica tributária. E por interpretações infrutíferas sem o conhecimento do espírito empregado na lei, sem buscar no direito os fatos legais observados, não saberemos ou definiremos o que realmente ela quer alcançar, ficando a margem do que as suposições dos atos administrativos possam vir a informar.

Tabela - dispositiva anexada ao decreto nº 6306 de dezembro de 2007 em disposição ao artigo 32 do mesmo diploma legal, que contempla a forma de cobrança do imposto sobre títulos de valores mobiliários nos rendimentos de fundos de investimento e renda fixa.

Nº de dias	% LIMITE DO RENDIMENTO
01	96
02	93
03	90
04	86
05	83
06	80
07	76
08	73
09	70
10	66
11	63
12	60
13	56
14	53
15	50
16	46
17	43
18	40
19	36
20	33
21	30
22	26
23	23
24	20
25	16
26	13
27	10
28	06
29	03
30	00

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto Lei nº 1.738 de 1980. Dispõe sobre Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros e sobre Operações relativa a Títulos e Valores Mobiliários. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, DF, 22 abr. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Leis/Decr1738.htm>.

BRASIL. Lei nº 4.595/64 de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias Bancárias e Creditícias . Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, DF, 31 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Leis/L4595.htm>.

BRASIL, Lei nº 5.143 de 20 de outubro de 1966. Institui o Imposto sobre Operações Financeiras. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, DF, 24 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Leis/L5143.htm>

BRASIL. Lei nº 9.779 de 19 de janeiro de 1999. Altera a legislação do Imposto sobre a Renda. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, DF, 20 jan. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Leis/L9779.htm>.

BRASIL. Lei nº 9.532 de 10 de dezembro de 1997. Altera a legislação tributária federal e dá outras providencias. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, DF, 11 dez. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Leis/L9532.htm>.

BRASIL, Código Tributário Nacional e Constituição Federal, 14ª edição, atualizada e acompanhada de Legislação Complementar. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammego, Constituição Antotada. 5ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 20ª edição, revista. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Direito Tributário Linguagem e Método. 2ª edição. São Paulo: Noases, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 26ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 10ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIUZA, Ricardo (Coord). Novo Código Civil Comentando. 4ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 19ª edição, revista, atualizada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 1999.

NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. Análise das Normas de incidência dos Impostos sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro ou Títulos e Valores Mobiliários. Dissertação de Mestrado em Direito Tributário apresentada à PUCSP em 1992.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos de Crédito Bancário. 8ª edição São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, De Plácido E. Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho, e Gláucia Carvalho. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VITA, Jonathan Barros. Tributação do Câmbio. São Paulo: Quartier Latin, 2008.