

Operações de factoring e a incidência de IOF: a tributação do IOF sobre as operações de factoring

Luiz Antônio Guerra da Silva

Professor de Direito Comercial, Econômico e Processo Civil da Faculdade de Direito do Distrito Federal, do UNICEUB, Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito do UNIEURO, Professor de Direito Comercial e Processo Civil da Escola Superior da Advocacia/DF, Doutor em Direito, Mestre em Negociação Internacional e Integração, Membro da Confederação Interamericana de Advogados, Presidente Nacional do Instituto Interamericano de Direito Empresarial, Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, Membro do Instituto dos Advogados do Distrito Federal, Membro da Câmara Brasileira de Cultura, Sócio e Diretor Jurídico do escritório Guerra Advogados & Consultores Associados, Consultor Jurídico de Empresas Nacionais e Multinacionais, Advogado Especialista em Direito Privado.

Valério Pedroso Gonçalves

Chefe da Promotoria de Justiça de Defesa da Ordem Tributária do MPDFT, Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes, Pós-graduando em Direito Tributário pelo ICAT/AEUDF, Advogado em Brasília-DF.

Resumo: Tendo em vista a sociedade em que vivemos, na qual a produção e consumo em massa são uma realidade do mercado, proliferam-se empresas oferecendo novas mercadorias e serviços cada vez mais inovadores. Devido às pequenas e médias empresas, bem como aos profissionais autônomos, têm como alternativa à sua manutenção no mercado, a utilização dos benefícios oferecidos pelas empresas de factoring. Neste contexto, será analisado no presente artigo as operações de factoring e a incidência tributária que recaem sobre elas.

Palavras-chave: factoring; incidência tributária; aspectos jurídicos

Sumário: 1 Introdução – 2 *Factoring*: origem - 2.2 *Factoring*: aspectos jurídicos - 2.3 *Factoring*: tributação – 3 Conclusão – Referências

1 Introdução

Vivemos em uma sociedade de produção e consumo em massa. Proliferam-se, no mercado, empresas oferecendo novas mercadorias e serviços cada vez mais inovadores. Aumentam, também, o número de prestadores de serviços autônomos, criando, com isso, uma verdadeira competitividade em todos os segmentos. Como consequência, poucas as empresas ou prestadores de serviços sobrevivem ao primeiro ano de atividade. Surgem, portanto, às pequenas e médias empresas, bem como aos profissionais autônomos, como alternativa à sua manutenção no mercado, a utilização dos benefícios oferecidos pelas empresas de *factoring*.

2 *Factoring*: origem

Etimologicamente, *factoring*, verbete de origem latina, sobrevém do verbo *facere*. O exercício dessa atividade remonta ao Império Romano, quando o *factor* (hoje, agente de fomento mercantil) encarregava-se de colher informações acerca do padrão creditício dos

comerciantes de sua região para transmiti-las a outros comerciantes, além de receber e armazenar mercadorias e fazer cobranças, tudo mediante remuneração.

Atualmente, uma empresa de *factoring* coloca à disposição de sua clientela uma série de serviços: substituição de uma parte dos custos fixos das empresas com as quais opera (transferência de crédito) e oferece serviços não-creditícios, constituídos na concretização de parceria com a empresa-cliente para a administração financeira. Assim, a empresa de *factoring* (traduzida para nosso idioma como empresa de fomento mercantil), a par de prover os recursos necessários ao giro dos negócios da empresa-cliente, exerce uma importante função de melhoramento de gestão empresarial das empresas com as quais opera, contribuindo, especialmente, para redução de custos, aumento de produtividade e inserção dos produtos fabricados e serviços disponibilizados no mercado consumidor.

2.2 Factoring: aspectos jurídicos

A agência de fomento mercantil (empresa de *factoring*) é uma sociedade mercantil, limitada ou anônima, com personalidade jurídica a partir do registro de seus atos constitutivos na Junta Comercial. Em decorrência de sua forma (sociedade mercantil limitada ou anônima), a *factoring* não precisa de autorização de qualquer dos órgãos governamentais, nem mesmo do Banco Central do Brasil, para o exercício de suas atividades, isso porque não é instituição financeira. Aliás, mencione-se que as agências de fomento mercantil estão vedadas de operar com recursos de terceiros ou captar dinheiro da poupança popular, características próprias das outras instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional.

A intermediação de recursos e a captação de capital do público são atividades privativas das instituições financeiras (Resolução 2144/95, do Conselho Monetário Nacional). O seu exercício por empresas de fomento mercantil constitui ilícito administrativo (arts. 17, 18 e 47, § 7º, da Lei nº 4.595/64) e traduz repercussões na ordem criminal (art. 1º e 16, da Lei nº 7.492/86). E mais: as "*factorings*" que atuam de forma irregular praticam concorrência desleal para com as instituições financeiras autorizadas a atuar de forma regular no mercado financeiro.

Não restam dúvidas, portanto, quanto à caracterização jurídica das empresas de *factoring* como sociedades mercantis (comerciais), que não realizam operação de crédito. Ao contrário, o fomento mercantil consiste na compra e venda, com pagamento à vista, de direitos creditórios, consubstanciados em títulos de crédito (letra de câmbio, duplicada, conhecimento de transporte, conhecimento de depósito, *warrant*, nota promissória – simples e rural – e cheque). A obtenção dessa conclusão gera repercussões que merecem destaque no campo da tributação.

2.3 Factoring: tributação

Incidem sobre as atividades de fomento mercantil os seguintes tributos: IR, CSSL, PIS, COFINS, ISS, CPMF e IOF. Neste trabalho, discute-se a legitimidade da cobrança do IOF (Imposto sobre Operações Financeiras, Câmbio e Seguro, e sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários) na atividade em estudo.

O IOF é imposto de competência privativa da União Federal, nos termos do disposto no art. 153, inciso V, da Constituição Federal. Trata-se de imposto de natureza extrafiscal, pois, nas palavras do eminente Professor Hugo de Brito Machado, presta-se como "instrumento de política de crédito, câmbio, seguros e transferências de valores" (ob. cit., p. 295) e não como simples instrumento de arrecadação.

A Lei nº 5.143/66, que instituiu o tributo em espécie, estabeleceu, em seu art. 1º, sua incidência sobre as operações de créditos e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras. Sobreveio, contudo, a Lei nº 9.532/97, alterando o regramento então vigente sobre a matéria:

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 financeiras.

Com isso, a pessoa física ou jurídica que alienar direitos creditórios decorrentes da venda à prazo às empresas que se dedicam ao *factoring* sujeita-se à cobrança do IOF, nas mesmas alíquotas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimo, praticadas por instituições financeiras. Ocorre que, da exegese extraída da análise das normas tributárias (constitucionais e infra-constitucionais), a cobrança do IOF sobre as alienações de direitos creditórios realizadas pelas empresas de *factoring* não se respalda em fundamento que legitime tal exação.

Consagrou-se, nesse singelo artigo, que o fomento mercantil (execução contínua de serviços de apoio e acompanhamento de clientes), na parte de aquisição de direitos creditórios, dá-se com capital próprio ou por meio de recursos bancários (empréstimo realizado por instituição financeira à *factoring*). No setor, inexistente, mais uma vez, captação de poupança popular ou qualquer outra forma de intermediação de recursos. As *factorings*, por consequência, não realizam operação de crédito, pois haveria, nesta eventualidade, uma prestação futura ou uma promessa de prestação futura, que, segundo Luiz Emygdio da Rosa Júnior, baseia-se na confiança e no tempo. As transações efetivadas por empresas de fomento mercantil não se incluem dentre as operações relativas a títulos e valores mobiliários e não são operações de crédito. Ademais, a tributação das operações resultantes de alienação de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo a empresas de *factoring* reveste-se de flagrante inconstitucionalidade, eis que o imposto instituído incide exclusivamente sobre as operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (art. 153, inciso V), não estando, dessa maneira, abrangidas, dentre os fatos geradores do tributo em questão, as operações mercantis de compra e venda à vista de direitos creditórios. O Código Tributário Nacional, erigido à condição de Lei Complementar, prescreve:

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

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

.....

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

Evidente, das disposições acima transcritas, que as operações travadas pelas *factorings* e por instituições financeiras distanciam-se. Como bem consignou o e. Juiz Lourival Gonçalves de Oliveira nos autos do Mandado de Segurança nº 1998.38.007896-9/MG, "a operação de *factoring* não se caracteriza operação de crédito, no sentido e fim desejados pela Constituição Federal e CTN, porque o alienante não busca, necessariamente, um crédito, mas uma antecipação de

recebimento de um crédito que já é seu". Por isso, infundada, também à luz do Código Tributário Nacional, a tributação do IOF sobre as aquisições de direitos creditórios.

Observe-se, por outro lado, que o conceito econômico-jurídico do fomento mercantil constitui princípio geral do direito privado e deve – ou, ao menos, deveria – ser observado no Direito Tributário (art. 109, do CTN), de modo a não gerar confusão entre as atividades relativas ao *factoring* e aquelas praticadas pelas instituições financeiras. A atribuição de característica financeira às empresas de fomento mercantil fere de morte também o art. 110, do CTN, porquanto se altera o conceito do direito privado sobre *factoring*. A instituição do IOF sobre as operações das *factorings* afronta, também, normas infra-constitucionais indicadas *supra*.

3 Conclusão

Patente que as operações mercantis de compra e venda de direitos creditórios (realizadas pelas *factorings*) afastam-se das práticas de créditos empregadas em instituições financeiras e, por isso, somente estas estão sujeitas à prévia autorização do Banco Central para funcionarem. Confira-se exegese consagrada pelo colendo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos seguintes termos:

Recurso Voluntário – Exercício de Atividades típicas de instituição financeira sem a competente autorização do Banco Central do Brasil – Captação de recursos de terceiros e aquisição de direitos creditórios de empresas – Intromissão especulativa – Irregularidade caracterizada – Apelo a que se nega provimento. (Recurso nº 2.854 – Processo de Origem BCN nº 9700798138)

A irregularidade na atuação das *factorings* ocorre quando da captação de recursos de terceiros, agindo a empresa de fomento mercantil como verdadeira intermediária de capital, atividade típica de instituição financeira, sem a competente autorização do Banco Central do Brasil. Diferencia-se, desse modo, o exercício das atividades praticadas por instituições financeiras das praticadas pelas empresas de fomento mercantil. Estas não realizam operação de crédito e, nesta condição, não estão sujeitas à competente autorização do Banco Central para funcionarem.

A tributação do IOF – Imposto sobre operações financeiras, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários – sobre as alienações de direitos creditórios revela-se, diante dos argumentos expendidos neste artigo, inconstitucional e ilegal, carecendo o legislador ordinário que confeccionou a Lei nº 9.532/97 de esclarecimentos definitivos sobre a conceituação de valores mobiliários e operações mercantis de aquisição de créditos.

Abstract: *In a view of the society we live, in which the production and consumption in mass are a reality of the market, are proliferating more innovative companies offering new merchandises and services. Due to the small the and medium companies, as well as the independent professionals, as alternative to its maintenance in the market, the use of the benefits offered for the companies of factoring. In this context, will be analyzed in the present article the operations of factoring and the tax incidence on them.*

Keywords: *factoring; tax incidence; juridical aspects*

Referências

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE FACTORING. Disponível em: <http://www.anfac.com.br>

BORBA, Cláudio. **Direito tributário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

FREITAS, Vladimir Passos de. (Org.). **Código Tributário Nacional comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEITE, Luiz Lemos. **Factoring no Brasil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em: <http://www.tj.mg.gov.br>

Revista Jurídica

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm

Artigo recebido em 30/06/2006 e aceito para publicação em 31/07/2006

A Revista Jurídica destina-se à divulgação de estudos e trabalhos jurídicos abrangendo todas as áreas do Direito.

Os originais serão submetidos à avaliação dos especialistas, profissionais com reconhecida experiência nos temas tratados.

Todos os artigos serão acompanhados de uma autorização expressa do autor, enviada pelo correio eletrônico, juntamente com o texto original.