

IX Congresso Nacional de Estudos Tributários

IBET: há 40 anos ensinando a convencer com a autoridade do argumento

Presidente do Congresso: PAULO DE BARROS CARVALHO
Coordenação: PRISCILA DE SOUZA

**12, 13 e 14 de dezembro de 2012
Hotel Renaissance em São Paulo**

IBET

Instituto Brasileiro de Estudos Tributários

Copyright © 2012 By Editora Noeses
Produção/ arte/ diagramação: Denise A. Dearo
Capa: Cristiane Zitei
Revisão: Priscila de Souza
Coordenação: Alessandra Arruda

CIP - BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

D476 Congresso Nacional de Estudos Tributários
Derivação e positivação no direito tributário / Carvalho,
Ana Carolina Papacosta Conte de [et al.]. – São Paulo : Noeses, 2011.

1017 p.
ISBN 978-85-99349-68-7

1. Direito Tributário. 2. Processo administrativo tributário.
3. Tributação. 4. Presunção. 5. Regra-matriz de incidência tributária.
6. Sanção tributária. I. Ana Carolina Papacosta Conte de Carvalho.
II. Paulo de Barros Carvalho (Pres.). III. Priscila de Souza (Coord.).
IV. Congresso Nacional de Estudos Tributários.

CDU - 336.2

Dezembro de 2012

Todos os direitos reservados



Editora Noeses Ltda.

Tel/fax: 55 11 3666 6055

www.editoranoeses.com.br

QUESTÕES ATUAIS RELATIVAS AO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO (IOF CRÉDITO) E A SEGURANÇA JURÍDICA

Rosana Oleinik¹

1. Noções introdutórias e contextualização.

Lourival Vilanova, reconhecido na comunidade acadêmica como um dos maiores juristas que nosso país já produziu, leciona² que o exercício das competências de legislar e aplicar o direito posto são atos de poder e não de prepotência, de autoridade e não de arbitrariedade. Essa afirmação soa como uma expectativa compartilhada pelos que convivem sob a proteção de um Estado Democrático de Direito caracterizado pelo pacto federativo, no qual a União, os Estados, o Distrito Federal³ e seus

1. Doutoranda e mestre pela PUC/SP. Professora do IBET/SP e IBET/ABC. Palestrante dos cursos de pós-graduação em Direito Tributário do IBET, Faculdade Damásio de Jesus e Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Assistente da cadeira de Lógica Dêontico-jurídica ministrada pelo Professor Emérito Paulo de Barros Carvalho no mestrado da PUC/SP

2. Fundamentos do Estado de Direito. In *Escritos jurídicos e filosóficos*. Vol 1. São Paulo: Axis Mvndi/IBET, 2003, p. 417

3. Os Municípios, apesar do disposto no art. 1º da Constituição da República não possuem representação política no Congresso Nacional, razão que justifica sua não inclusão no conjunto de entes políticos que formam a Federação.

cidadãos encontram-se representados no Congresso Nacional para fins de realizar valores jurídicos plasmados na Carta Magna, dentre os quais o da segurança jurídica.

Cabe ao legislador ordinário e ao aplicador do Direito, respectivamente, criar e interpretar as leis de forma crítica, considerando, não somente os fatos e a literalidade dos textos que compõem o ordenamento, mas as relações normativas do sistema do direito posto, que se forma com vínculos de hierarquia e coordenação. O desafio é, portanto, construir o sentido e o alcance das normas em consonância com o sistema do direito posto e não, simplesmente, limitar-se a fazer meros raciocínios lógicos de inferência, mantendo-se cego para o contexto jurídico circundante.

Interpretar os dispositivos legais aos pedaços, como retalhos de uma colcha que jamais será tecida, traz como resultado a ignorância de que o direito tributário não é um expediente econômico, sua finalidade não é simplesmente abastecer os cofres públicos. Também é seu objetivo colaborar na higidez do pacto federativo, garantindo que as faixas de competência para emitir normas tributárias e os princípios que limitam esse poder sejam observados.

A função da autoridade responsável por aplicar o direito posto e do cientista que o analisa não é bater palmas aos eventos que configuram nosso “manicômio jurídico”, no dizer de BECKER, para quem: *[...]a mais confusa e ridícula das mentalidades pseudo-jurídicas é a que predomina no Direito Tributário; neste campo ‘há burrices’ que, de tão humildes, chegam a ser pureza e têm algo de franciscano. Outras há, porém, tão vigorosas e entusiásticas, que conseguem imobilizar por completo o nosso espírito para a contemplação do espetáculo.*⁴

Em poucas palavras: “interesse público” não é pura e simplesmente, um sinônimo de “interesse arrecadatório”. Não se pode desconsiderar a hierarquia do direito e as competências das normas tributárias, minuciosamente expostas pelo constituinte, para se criar e aplicar mecanismos de cunho meramente arrecadatório.

4. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, p. 7.

Dentro do contexto atual, em que nos parece reinar uma confusão generalizada entre interesse público e arrecadação e, mediante certa dose de passividade da comunidade jurídica para com os abusos praticados pelos aplicadores do direito, proponho-me, no âmbito deste artigo, analisar a incidência do imposto sobre operações de crédito – IOF crédito. De forma mais precisa, realizaremos breve estudo sobre o mútuo realizado entre empresas que não pertencem ao Sistema Financeiro Nacional, conforme discutível inovação trazida pelo art. 13 da Lei 9.779/99.

2. A faixa de competência do IOF – Imposto sobre operações financeiras

Ao tratarmos do IOF – Imposto sobre operações financeiras, no altiplano constitucional, verificamos que sua faixa de competência engloba diversas condutas, autorizando-nos a concluir pela possibilidade de edição pelo legislador infraconstitucional de mais de uma regra-matriz de incidência tributária.

Nos termos do artigo 153, V, da Carta Magna, compete à União instituir imposto sobre “*operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativos a títulos ou valores mobiliários*”. Verificamos no artigo transcrito um modelo ou padrão a ser respeitado pelo legislador ordinário, ao instituir a(s) regra (s)-matriz(es) de incidência do(s) imposto(s) sob análise. São limites que devem ser observados para que a repartição de competências tributárias e, por conseguinte, o pacto federativo, não se tornem ineficazes, causando interpretações duvidosas e de difícil aceitação sobre a possível materialidade dos tributos.

Ao preencher o arranjo lógico da regra-matriz de incidência tributária, com as disposições do direito positivo, percebemos que a Constituição da República de 1.988 conferiu competência à União para instituir ao menos quatro impostos, sob a sigla “IOF”. Nesse conjunto podemos visualizar as seguintes materialidades: (i) IOF crédito, cujo critério material é a realização de operações de crédito; (ii) IOF câmbio que prevê a incidência do imposto nas operações de câmbio; (iii) IOF seguros, no qual a materialidade requer operação envolvendo seguros; (iv) IOF títulos ou valores mobiliários, envolvendo operações com títulos ou valores mobiliários.

Trata-se de tributação que atinge as operações que têm por base a circulação de valores, manifestados como operações de crédito, câmbio, seguro e de títulos ou valores mobiliários⁵. Há ainda outro predicativo caracterizador desses impostos: encontram-se vinculados ao sistema financeiro nacional ou à comissão de valores mobiliários, em virtude das características de sua extrafiscalidade.

2.1. Extrafiscalidade: regra a ser observada no exercício da competência de legislar sobre o IOF

Importante destacar que a Constituição Federal de 1988 manteve caráter de extrafiscalidade do IOF, utilizando-o como instrumento jurídico de intervenção na política de crédito, câmbio, seguro e transferência de valores ao atribuir ao Executivo a competência para alterar as alíquotas do tributo, conforme se verifica no art. 153, § 1º.

O Código Tributário Nacional, ao emitir normas gerais sobre o tema⁶, veicula, praticamente⁷, as mesmas materialidades da Carta Magna e reproduz a extrafiscalidade como norma adjetiva às todas as regras-matrizes do IOF.

5. Conforme Paulo de Barros Carvalho. *Direito tributário, linguagem e método*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2011, páginas 723 e 724.

6. 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 do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

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

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

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

7. A incidência do IOF sobre operações nas quais o ouro figura como ativo financeiro foi inovação do constituinte de 1.988.

Em geral, a finalidade dos tributos não é simplesmente abastecer os cofres públicos, isto é, arrecadatória. Essa seria uma visão meramente econômica do fenômeno. Podemos afirmar que juridicamente, para além da questão financeira existem metas, objetivos ou valores que o legislador pretende alcançar com a tributação. Como mero exemplo, uma finalidade do direito seria realizar o princípio da igualdade, calibrando a base de cálculo e a alíquota de alguns tributos com a progressividade, ou ainda, em argumento mais próximo ao tema tratado, estabelecer facilidades ou dificuldades no consumo, reduzindo ou aumentando a quantidade de moeda em circulação para fortalecer sua política econômica.

Em alguns tributos, a realização dessas metas encontra-se presentes com maior destaque. É justamente o que chamamos de *extrafiscalidade*. CARRAZZA leciona que “*haverá extrafiscalidade quando o legislador, em nome do interesse coletivo aumente ou diminua as alíquotas e/ou bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir os contribuintes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa*”.⁸

Ao estabelecer normas gerais sobre a tributação pelo IOF, o Código Tributário Nacional, dispôs em seu artigo 65, prescrição de cunho nitidamente extrafiscal, enunciado que: “*O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, **a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária.***” (Grifei)

O conceito de “política monetária”, que qualifica a finalidade extrafiscal do IOF, ocupa posição preeminente para que o intérprete/aplicador da lei conote os critérios materiais das regras-matrizes dos impostos aqui tratados. Portanto, devemos procurar no direito posto e na Ciência que o analisa, uma possível explicação sobre o termo.

8. CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92, nota 58.

A Carta Magna, em seu art. 192, dispõe sobre a estrutura e finalidade do sistema financeiro nacional. As instituições integrantes desse subsistema constitucional formam conjunto de pessoas jurídicas, cujo escopo é a circulação de valores que se manifestam por intermédio das operações de crédito, câmbio, seguro, títulos ou valores mobiliários. Sua atuação, por força de lei, deve seguir diretrizes dos órgãos competentes apontados pela legislação que conforma o próprio sistema financeiro nacional ou a Comissão de Valores Mobiliários.

A Lei 4.595/64 estipulou o conceito de instituição financeira, por exemplo, como a pessoa jurídica pública ou privada que tenha 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 terceiros. No artigo 18 do mesmo Diploma Legal, exige-se a autorização do Banco Central para seu funcionamento.

BIFANO⁹ ao tecer comentários sobre as características que conformam o conceito de instituição financeira sustenta que a “*intermediação financeira (captação com a finalidade de repassar recursos com objetivo de lucro) é a única tarefa privativa de instituição financeira, atribuindo-lhe a lei, portanto, a exclusividade de intermediar a aplicação do dinheiro, **prática vedada às demais pessoas jurídicas**”.* (grifei)

Portanto, a política monetária caracterizadora da extrafiscalidade do IOF crédito, objeto de nossas digressões, segundo art. 65 do Código Tributário Nacional, somente pode ser dirigida ao controle da circulação de valores que impactem no sistema financeiro nacional, que tem por agentes de crédito as instituições financeiras, entidades autorizadas por lei a captar e repassar recursos com o objetivo de lucro.

A partir desses conceitos, concluímos que as atividades de captar dinheiro, ofertar crédito e aplicar taxas de juros, de modo

9. BIFANO, Elidie Palma. *O mercado financeiro e o imposto sobre a renda*. 2^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

a impactar na circulação da moeda, pressupõem atividades de entidades financeiras. Estas, por sua vez, possuem regulação específica, não podendo ser equiparadas a quaisquer pessoas jurídicas, que não possuam autorização a operar nessa área pelo Banco Central do Brasil.

BARROS CARVALHO¹⁰, ao tratar do IOF, em análise hermenêutica, cuja proposta é interpretar, do ponto de vista doutrinário, o direito como um todo – um sistema composto por proposições que se inter-relacionam – e não como mera literalidade, afirma categoricamente: “*O imposto de que nos ocupamos agora atinge, fundamentalmente, as operações relativas à circulação de valores a ele referidos, que se exteriorizam por intermédio de operações de crédito, câmbio e seguro e de quaisquer espécies de títulos vinculados ao sistema financeiro ou à Comissão de Valores Mobiliários, vale dizer, que transitam pelo sistema financeiro ou sejam fiscalizados, por algum de seus órgãos.*”(grifei).

Logo, o critério material da regra-matriz do IOF crédito somente podem se referir a negócios jurídicos que de alguma maneira são praticadas por entidades que interferem na realização da política monetária e, por isso, são vinculadas ao sistema financeiro.

A extrafiscalidade que alude o Código Tributário Nacional, consistente na política monetária, implica como condição necessária, pessoas autorizadas pelo direito positivo a praticarem operações que caracterizem as materialidades do IOF (vide, a título de exemplos, as Leis 4.594/64¹¹ e 4.595/64¹²). Trata-se de agentes de negócios jurídicos de cujas práticas decorram a circulação valores, na forma retratada no art. 153, V, da Constituição da República. Confirma a assertiva o fato de que o ouro somente

10. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 4^a ed. São Paulo, Noeses, 2011, pp. 723/724.

11. Dispõe sobre seguros.

12. Dispõe sobre a política financeira e as instituições que compõem o sistema financeiro nacional.

é atingido pelo IOF quando ocupa a posição de ativo financeiro (CF, art. 153, § 5º).

Feitas as considerações iniciais, passamos a restringir nossa análise a apenas uma das regras-matrizes do IOF, qual seja o IOF crédito, por questão de escolha, não significando, portanto, que a legislação que institui as regras-matrizes dos outros impostos criados pela competência concedida no art. 153, V, da Constituição da República, estejam em conformidade com as exigências do ordenamento jurídico.

3. O IOF crédito

A Emenda Constitucional n. 18 de 01/12/1965, ao dispor sobre o Sistema Tributário Nacional, outorgou à União a competência para a instituição de imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários. Em seu nascedouro, o caráter extrafiscal, consistente no alcance de objetivos da política monetária já se encontrava presente.¹³

O IOF foi instituído pela Lei n. 5.143, de 20/10/66, antes mesmo do Código Tributário Nacional, e prescreveu as hipóteses de incidência ou fatos geradores da seguinte forma:

“Art. 1º – O Imposto sobre Operações Financeiras incide nas operações de crédito e seguro, **realizadas por instituições financeiras e seguradoras**, e tem como fato gerador:

I – no caso de operações de crédito, a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado.

O legislador, no art. 4º da referida lei, de forma coerente com a natureza extrafiscal do tributo definiu como contribuinte a instituição financeira, no caso do IOF crédito.

13. Art. 14, I, § 2º: “O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, nos casos do n. I deste artigo, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária”

O Código Tributário Nacional, Lei 5.172/66, em seu artigo 63 estabelece normas gerais sobre o imposto tratado, mantendo as operações de crédito como a materialidade possível do IOF crédito. A extrafiscalidade, equivalente a compatibilização do tributo com os objetivos da política monetária, foi observada pelo seu artigo 65¹⁴, ficando, alterada a sujeição passiva, que pela dicção do disposto no art. 66 do Código, passou a ser qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei ordinária.

O art. 146, III, da Carta Magna reserva à Lei Complementar o papel de estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, sendo uma de suas funções regular as limitações constitucionais o poder de tributar. Portanto, toda e qualquer Lei Ordinária, Decreto ou ato legal editado por autoridade competente, não pode desconsiderar o disposto na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, quando este regule as limitações constitucionais ao poder de tributar. Caso contrário, a hierarquia das leis ou o fundamento de validade da legislação produzida estaria comprometido.

Em análise prefacial da legislação ordinária que versa sobre o IOF crédito, percebemos que o artigo 13, da Lei 9.779/99¹⁵ é responsável por alargar inconstitucionalmente o conceito de operações de crédito. Equipara o mútuo realizado entre quaisquer pessoas jurídicas, abandonando a exigência constitucional, repetida pela Lei Complementar, da presença da instituição financeira como agente disponibilizador do crédito, que é confirmada pela extrafiscalidade do tributo que conforma sua possível materialidade.

14. Art. 65 – O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária.

15. “Art. 13. As operações de crédito correspondentes 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 financeiras.”

3.1. A regra-matriz de incidência do IOF crédito

Genericamente, podemos tratar a regra-matriz de incidência tributária como uma ferramenta de análise do texto legal, que permite ao intérprete separar o que é relevante e fundamental para a compreensão das disposições normativas que giram em torno de determinado assunto jurídico. Trata-se de um expediente redutor de complexidades, amadurecido pela Doutrina do Direito Tributário, inspirada em critérios de ordem lógica.

Toda norma jurídica em sentido estrito possui uma proposição ou termo antecedente que vincula uma consequência. São juízos hipotéticos condicionais (se ocorrer tal hipótese, então ter-se-á determinada consequência). O antecedente da norma jurídica é composto de critérios que relatam a conduta a ser praticada (critério material), o local de sua possível ocorrência (critério espacial) e em qual período de tempo (critério temporal). Preenchido tais critérios haverá a implicação jurídica de um consequente, também dividido em critérios, no qual temos os sujeitos ativo e passivo (critério pessoal) e a relação entre base de cálculo e alíquota (critério quantitativo).

Neste trabalho, para alcançarmos a objetividade necessária faremos um recorte metodológico na regra-matriz de incidência do IOF crédito, analisando tão somente seus critérios material e pessoal, porque neles se encontram aspectos suficientes para demonstrar a incompatibilidade do art. 13 da Lei 9.779/99 com o ordenamento jurídico..

Transportando o método para o IOF crédito e preenchendo seus critérios material e pessoal com as variáveis semânticas da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional, teremos a seguinte situação:

Antecedente:

Critério material: realizar **operações de crédito ou colocá-lo à disposição do interessado**. Essa materialidade encontra

fundamento no artigo 153, V, da Carta Magna e no artigo 63 do Código Tributário Nacional.

Portanto, o IOF crédito não pode ser visto como um tributo que incide sobre o crédito, mas sobre uma **operação de crédito efetuada ou cujo montante tenha sido colocado à disposição**.

Por via de consequência, para uma pessoa jurídica que não pertença ao sistema financeiro nacional, a conduta de praticar operações ou negócios jurídicos envolvendo crédito, para fins de incidência do IOF é impossível. Queremos dizer, que somente as instituições financeiras, em virtude do caráter extrafiscal do tributo poderão ser praticá-la.

O conceito de “operação” foi largamente discutido na Doutrina, tendo em vista, que o termo é utilizado em outro tributo de relevância indiscutível, o ICMS.

A Ciência do Direito, de maneira geral, tem atribuído ao termo **“operação” o significado de negócio jurídico** que, em se tratando de IOF crédito, assume a roupagem de operações de cunho financeiro.

AIRES F. BARRETO em artigo publicado no “Repertório IOB de Jurisprudência”, 2ª quinzena de maio de 1990, n. 10/90, páginas 151 e seguintes¹⁶ assinala que a incidência do IOF **“é sempre condicionada à existência de uma operação, requisito necessário a que se materialize a própria hipótese de incidência do tributo [...]. Não se trata de um imposto sobre coisas, bens ou valores, mas, sim, sobre operações com eles realizadas, caracterizando-se, portanto, como tributos sobre negócios específicos descritos na Constituição e legislação complementar.”**

QUIROGA MOSQUERA¹⁷ não se furta a interpretar “operação” como negócio jurídico, ao lecionar que “...o artigo 153,

16. Conforme citação de CANTO, Gilberto de Ulhoa em *Cadernos de Pesquisas Tributárias – Vol. 16. IOF*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1991, páginas 32-33.

17. MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 106.

*inciso V, da Constituição Federal utiliza o termo **operações** no mesmo sentido utilizado no artigo 155 inciso II, ou seja, **como negócio jurídico bilateral, no qual há manifestação inequívoca de vontade das partes**. Esses atos, fatos ou situações são produtores de efeitos jurídicos, emergindo daí uma relação regulada pelo direito[...]. Sendo negócio jurídico bilateral, não podem existir operações realizadas consigo mesmo, uma vez que sob a ótica jurídica essas ‘operações’ nada representam.”*

PAULSEN¹⁸ pondera que “*não será possível a instituição, a título de imposto sobre operações de crédito sobre aquilo que não configure um negócio consubstanciado na entrega de moeda mediante obrigação à prestação futura*”.

Estabelecido o conceito de operações de crédito, como o negócio jurídico, bilateral e oneroso, consistente na entrega de moeda a tomador que apresente solvabilidade e garantias, no tempo presente, para que seja devolvida no futuro acrescida de juros e correção monetária, se faz indispensável a seguinte pergunta: de acordo com as disposições constitucionais e do Código Tributário Nacional sobre IOF crédito, quem estaria autorizado a ocupar a posição de agente de “operações de crédito”?

A resposta a essa pergunta encontra-se no conseqüente da regra-matriz de incidência do IOF crédito, mais especificamente em seu critério pessoal.

Conseqüente:

Critério pessoal: Como afirmamos, este critério é composto pelo sujeito ativo, que possui competência constitucional para instituir o IOF crédito. Tal poder de legislar vem expresso na Constituição Federal e pertence à União (art. 153, V). O sujeito passivo, outro elemento do critério pessoal, assumirá o dever jurídico de arcar com a obrigação tributária.

18. Obra citada, p. 282.

É correto compreender que o sujeito passivo no caso do IOF crédito poderia ser qualquer pessoa jurídica, como enunciou o legislador no art. 13 da Lei 9.779/99?

Tomamos o direito positivo como um conjunto de normas jurídicas que são organizadas de forma hierárquica com a finalidade de regular condutas intersubjetivas. Toda norma jurídica encontra seu fundamento de validade em norma de superior escalão e cabe ao intérprete respeitar esse princípio que organiza o objeto, tratando-se de uma necessidade ontológica.

Dessa forma o intérprete utiliza-se de várias técnicas para interpretar, contudo, a sistemática é a que permite essa interação entre as diversas estruturas normativas. A norma jurídica, enquanto produto dessa visão global é mais justa, menos aberta a abrigar casuísmos, pois tende a respeitar as disposições do Direito, conferindo unidade ao ordenamento jurídico.

A técnica sistemática de construção de sentido do direito posto consiste em compreender o preceito normativo, por intermédio de seu elo com outros textos do ordenamento jurídico, de maneira a compatibilizá-lo com o todo unitário. Não se trata de uma conexão tão somente estrutural que lança luzes aos vínculos lógicos, mas de um procedimento que premia a interpretação da norma pela análise de todos os aspectos da linguagem jurídica, levando-se em consideração o contexto histórico e jurídico-cultural no qual a exegese é realizada.

A interpretação sistemática pressupõe as demais técnicas de exegese. Isto significa sustentar que a linguagem jurídica em sua integralidade foi percorrida pelo sujeito, o que confirma a ideia de se tratar do expediente mais completo para a construção normativa. Nesse sentido, BARROS CARVALHO¹⁹ tece os seguintes comentários:

Não é difícil distribuir os citados ‘métodos de interpretação’ pelas três plataformas de investigação linguística. Os métodos

19. CARVALHO, PAULO DE BARROS. *Curso de Direito Tributário*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 134.

literal e lógico estão no plano sintático, enquanto o histórico e o teleológico influem tanto no plano semântico quanto no pragmático. **O critério sistemático da interpretação envolve os três planos e é, por isso mesmo, exaustivo da linguagem do direito. Isoladamente, só o último (sistemático) tem condições de prevalecer exatamente porque pressupõe os anteriores. É assim considerado o método por excelência.**

O entendimento mais condizente com uma interpretação sistemática do art. 153, V, da Carta Magna é que o sujeito passivo da exação somente poderia ser instituição financeira, ou mutuário, que com ela estabeleça operação de crédito, na condição de tomador dos recursos financeiros.

Como dissemos o IOF é um conjunto de impostos, cujas regras-matrizes preveem diversas materialidades (operações de crédito, câmbio, seguro, títulos e valores mobiliários). Todas essas atividades possuem a extrafiscalidade como qualificativo, definida no art. 65 do CTN. Por intermédio dela, ajustes serão feitos na política monetária. Assim sendo, somente entidades ligadas à execução da política monetária, cujo objeto social compreende a circulação de valores representados no art. 153, V, da Constituição da República poderiam ser sujeito passivo da exação, admitindo-se, ainda, por força do art. 66 do Código Tributário Nacional, o mutuário, que realizou negócio jurídico com instituição financeira assumira tal condição .

Para o exercício de tais atividades (operações de crédito, seguro, câmbio, títulos ou valores mobiliários) são necessárias autorizações por parte dos órgãos fiscalizadores, parecendo-nos lícita e produto de uma exegese sistemática, a conclusão de que a “operação de crédito” de que trata a Constituição Federal é aquela realizada por entidades financeiras.

4. A hierarquia das normas e o art. 110 do Código tributário Nacional

Mesmo que o intérprete não admita a existência de um conceito constitucional de “operação de crédito”, deverá racionalizar

seu argumento, considerando as disposições do Código Tributário Nacional. Como Lei Complementar (art. 146, CF), dentre outras funções, estabelece normas gerais em matéria de legislação tributária, inclusive definindo fatos geradores, base de cálculo e contribuintes, com o intuito de regulamentar as limitações constitucionais ao poder de tributar e dispor sobre conflitos de competência.

Ao exercer a função que lhe é constitucionalmente atribuída o Código Tributário Nacional detalhou a extrafiscalidade prevista na Carta Magna, atribuindo-lhe a finalidade de ajustar o IOF crédito aos objetivos da política monetária.

Portanto, as pessoas jurídicas cujas atividades impactam diretamente a política monetária (oferta de crédito) e que possuam autorização legal para atuar no sistema financeiro nacional é que podem ter seus negócios jurídicos gravados pelo IOF crédito. A conclusão nos parece lógica e, juridicamente, de difícil refutação.

A dificuldade em rebater tal argumento reside na hierarquia do sistema. O fundamento de validade de lei ordinária que tratem do IOF crédito, a exemplo do artigo 13, da Lei 9.779/99 e que estabelecem a incidência do tributo em operações de mútuo praticadas por pessoas jurídicas não atuantes como entidades financeiras, ficaria comprometido. Se a Carta Magna nos traz um conceito de “operações de crédito” que pode ser alcançado em interpretação sistemática, se o Código Tributário Nacional detalha a extrafiscalidade prevista na Lei Maior, como aquela atinente à política monetária, não há como coadunar, compatibilizar a incidência do IOF crédito sobre concessão de empréstimo que não seja feita por entidade financeira.

O artigo 110 do Código Tributário Nacional legitima nosso raciocínio ao prescrever que: *“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.*

Dito de outra forma, se determinado conteúdo está presente na Constituição Federal, de forma explícita ou implícita,

não é permitido à lei tributária alterá-los, o que reforça a ideia de hierarquia, plenamente obedecida pelo Código Tributário Nacional, que respeitou os limites estabelecidos na Constituição da República.

A Constituição Federal, em seu artigo 153, V, admite a competência da União para instituir tributos sobre “operações de créditos”, isto é, negócios jurídicos que envolvam crédito, que está justaposta a operações de câmbio, seguro, títulos ou valores mobiliários. Tais materialidades estão vinculadas à política financeira, tratando-se, como dito, de atividades controladas por órgãos que autorizam as empresas a atuarem, de acordo com determinadas exigências. Como justificar que o termo “operações de crédito” que inaugura o artigo 153, V, da Carta Magna seria uma exceção? O constituinte não consignou essa diferença, portanto, à luz do artigo 110 do Código Tributário Nacional, não caberia ao legislador ordinário fazê-lo.

Portanto, novamente, a única conclusão plausível seria que as “operações de crédito” passíveis de tributação pelo IOF crédito seriam aquelas praticadas por instituições financeiras.

Note-se que o art. 66 do Código Tributário Nacional estabelece como contribuinte do imposto, qualquer das partes da operação tributada, conforme disposto em lei. Isso significa dizer que **nas operações de crédito poderão ser sujeito passivo as instituições financeiras (mutuantes) ou os tomadores de crédito, denominados mutuários.**

Pensar que o artigo 66 do Código Tributário Nacional é uma carta em branco dada ao legislador ordinário para estabelecer o sujeito passivo do IOF crédito, sem considerar todo o exposto na Carta Magna e no Código Tributário Nacional, significa, novamente, compreender o texto de lei como mero casuísmo, destacando a parte de seu todo.

5. A ofensa ao princípio da segurança jurídica

A Federação brasileira é formada pela conjunção indissociável da União, dos Estados e do Distrito Federal e tem como

finalidade a realização de princípios jurídicos presentes na Carta Magna. Estes, por sua vez, podem significar norma-valor, norma-limite objetivo, valor ou limite objetivo²⁰.

Optamos pelo emprego do termo como “norma-valor” e “norma-limite objetivo”. Primeiro, por compreendermos ser o direito somente composto por normas prescritivas de conduta que são construídas a partir dos enunciados positivados.

Outra razão, pela qual optamos pelo emprego da voz “princípios” sempre como norma, seja norma-valor ou norma-limite objetivo, é a premissa fundamentada na Semiótica, segundo a qual, não há construção de sentido no direito posto, sem que exista um suporte físico.

Se assim o é, o princípio da segurança jurídica será construído pelo exegeta a partir de várias estruturas normativas, como as que concedem as garantias e os direitos individuais do art. 5º da Carta Magna e as que definem as competências dos entes tributantes, o que reforça nossa opção pela significação de “princípio” como norma-valor e norma-limite objetivo.

O princípio, enquanto norma-valor, traz consigo a marca da extrema subjetividade, encontrando-se, de forma implícita²¹, no contexto do ordenamento jurídico. Por ser valor é indefinível, variando, com muita amplitude seu conteúdo semântico. Assim se constitui o princípio da segurança jurídica que pode ser construído, tomando-se como base os enunciados do art. 150 da Carta Magna, ou ainda, fundamentando-se no artigo 112 do Código Tributário Nacional, dentre tantas outras possibilidades.

20. TOMÉ, Fabiana Del Padre. *Contribuições para a seguridade social à luz da Constituição Federal*. 1ª ed. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2004, p. 125.

21. Esclarecemos que todas as normas, como construção de sentido, fruto de interpretação dos textos de direito positivo são implícitas. O que queremos dizer com a implicitude da norma-valor, que a distinguiria de uma norma-limite objetivo, é que no texto do direito, em sentido estrito não há um enunciado que faça uma menção direta a tal estimativa. Não há uma definição no texto legal do que seja segurança-jurídica, justiça, etc., apesar de serem valores presentes no ordenamento jurídico.

Está no contexto dos utentes da linguagem jurídica a ideia de que cabe ao direito realizar o valor “segurança jurídica”, constituindo papel do intérprete, ao construir a norma pautar-se por esse valor supremo.

Portanto, desconsiderar o conceito de “operações de crédito” para fins de incidência do IOF, afastando-o de sua característica extrafiscal, como fez o legislador que introduziu no sistema o art. 13 da Lei 9.779/99, implica em quebra da segurança jurídica. O contribuinte espera ser tributado de acordo com a Constituição Federal e seus princípios limitadores. Cabe aos representantes dos Estados, do Distrito Federal e da União que conformam a federação brasileira, observar tais princípios que garantem o Estado Democrático de Direito que o Brasil se propôs ser com a promulgação da Carta da República de 1.988, ao editar as leis de sua competência.

6. A atual posição da jurisprudência

Não somente os legisladores em sentido estrito devem observar a interpretação sistemática e os princípios constitucionais que limitam o poder de tributar, dentre eles o da segurança jurídica. O Poder Judiciário, aplicador último da lei, também está adstrito a esse agir.

Contudo, o entendimento dominante tem sido o de confirmar a incidência de IOF crédito sobre mútuo realizado entre pessoas jurídicas, sendo desnecessária a presença de uma instituição financeira entre elas. A seguinte Ementa retrata bem a atual posição do Poder Judiciário:

“TRIBUTÁRIO – IOF – INCIDÊNCIA SOBRE MÚTUA NÃO-MERCANTIL – LEGALIDADE DA LEI 9.779/99. 1. A lei 9.779/99, dentro do absoluto contexto do art. 66 do CTN, estabeleceu, como hipótese de incidência do IOF, o resultado de mútuo. 2. Inovação chancelada pelo STF na ADIN 1.763/DF (Rel. Min. Pertence). 3. A lei nova incide sobre os resultados de aplicações realizadas anteriormente. 4. Recurso especial improvido.” STJ, 2ª T., REsp 522.294, Min. Eliana Calmon, dez/03.

Nesse sentido foi reconhecida a repercussão geral ao RE 590186²², que aguarda julgamento.

A regra-matriz de incidência de um suposto Imposto sobre Operações de Crédito não bancário, baseada no art. 13 da Lei 9.779/98, teria como critério material, segundo observa QUIROGA²³, a conduta de “realizar operações de mútuo de recursos financeiros entre pessoas físicas e jurídicas”.

A partir desse fundamento doutrinário, questionamos a função da extrafiscalidade prevista no artigo 65 Código Tributário Nacional? Em que medida o empréstimo realizado entre pessoas jurídicas ou destas com pessoas físicas impactaria na política monetária? Por que somente na competência conferida para instituir imposto incidente sobre operações de crédito não se exigiria negócio jurídico praticado por pessoa autorizada em lei a fazê-lo, de forma dissonante com as outras possíveis materialidades previstas no art. 153, V, da Carta Maior?

O artigo 66 do Código Tributário Nacional prevê como sujeito passivo das regras matrizes do IOF, qualquer das partes, conforme disposto em lei. Não nos parece ser uma justificativa para o reconhecimento da constitucionalidade do art. 13 da Lei 9.779/99, como afirmou o Superior Tribunal de Justiça na Ementa transcrita. Trata-se da desacreditada, mas comum, interpretação literal do direito. Bastaria atilado olhar para a

22. STF, Repercussão geral em Recurso Extraordinário n. 590.186-6/RS, Relator Min. Menezes Direito. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. INCIDÊNCIA NAS OPERAÇÕES DE MÚTUA PRATICADAS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS OU ENTRE PESSOAS JURÍDICAS E PESSOAS FÍSICAS SEGUNDO AS MESMAS REGRAS APLICÁVEIS ÀS OPERAÇÕES PRATICADAS PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 13 DA LEI N. 9.779/99. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

23. Roberto Quiroga Mosquera. *Os impostos sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários – conceitos fundamentais*. In “Tributação internacional e dos mercados financeiros e de capitais”. Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi e outros. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 153.

extrafiscalidade que informa a tributação pelo IOF, para concluir-se que houve um desacerto do legislador ordinário.

7. Conclusões

1) É inexigível o IOF crédito sobre mútuo realizado entre pessoas jurídicas, na eventualidade da mutuante não atuar como instituição financeira ou a ela equiparada. A opinião está fundamentada na ideia de que o critério material da exação é “operação de crédito”, o que implica negócio jurídico bilateral, oneroso, no qual uma instituição financeira, tendo em vista solvabilidade e garantias do mutuário, empresta moeda no tempo presente para ser devolvida no futuro, com o acréscimo de juros e correção monetária.

2) O fundamento de validade dessa conclusão encontra-se no artigo 153, V, da Carta Magna, que combinado com a extrafiscalidade, também prevista no § 1º do mesmo dispositivo constitucional e artigo 65 do Código Tributário Nacional, não deixam margem de dúvida, que somente pessoas jurídicas que compõem o sistema financeiro nacional e são reguladas pela política monetária praticam o critério material da regra impositiva do IOF crédito e podem figurar como sujeito passivo dessa obrigação tributária.

3) Portanto, o art. 13 da Lei 9.779/99 e outros dispositivos legais que preveem a incidência do IOF crédito nas operações de mútuo efetuadas com mutuante que não pertença ao sistema financeiro nacional alargam a competência concedida à União para instituir IOF crédito (Art. 153, V, CF/88) e são passíveis de serem revogados devido à sua inconstitucionalidade.

4) Iniciamos nosso parecer relembrando as palavras de Lourival Vilanova, para quem autoridade não se confunde com arbitrariedade, poder não é o mesmo que prepotência. Contudo, a distinção feita pela boa Doutrina não tem sido observada pelas autoridades competentes. De forma respeitosa, porém não acrítica, estamos com aqueles que apontam a confusão entre interesse público e interesse arrecadatório, feitos pelas autoridades

legislativas e administrativas, inúmeras vezes confirmadas pelo Poder Judiciário.

Essa miscelânea de interesses não tem sido devidamente criticada pela Doutrina, que em poucas linhas manifesta-se sobre o IOF crédito, apenas para descrever o art. 13 da Lei 9.779/99, como um retratista, iluminando traços do que está dito, mas sem a devida sistematização, o que se requer de uma postura científica. Tal atitude gera uma produção doutrinária fraca, incapaz de estabelecer limites para a interpretação dos institutos jurídicos.