Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada, em 19/1/1998, pela Confederação Nacional do Comércio, contra o art. 58 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, por afronta aos artigos 146, 153, inciso V, e 192, todos da Constituição Federal.

Eis o teor do dispositivo impugnado, **verbis:**

> "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 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 aplicáveis pelas instituições financeiras.
>
> § 1º. O responsável pela cobrança e pelo recolhimento do IOF de que trata este artigo é a empresa de factoring adquirente do direito creditório.
>
> § 2º. O imposto cobrado na hipótese deste artigo deverá ser recolhido até o terceiro dia útil da semana subseqüente à da ocorrência do fato gerador".

As atividades relacionadas no artigo 15, § 1º, inciso III, alínea "d", da Lei nº 9.249/1995, acima mencionado, são as seguintes: " *prestação cumulativa e contínua de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra e venda de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring)".*

Sustenta a requerente que haveria violação à própria matriz constitucional do IOF, contida no art. 153, inciso V, da Constituição Federal, pois as operações de **factoring** possuem características tipicamente mercantis, e não financeiras, o que as excluiriam do âmbito das hipóteses constitucionais de incidência do IOF. Nesse sentido, **Ives Gandra da Silva Martins** , em parecer acostado pela requerente (fls. 24/63), enfatizou as distinções entre a típica atividade de emprestar dinheiro e a aquisição de faturamento própria do **factoring** , nos seguintes termos:

> "Como se percebe, não pode haver confusão entre a atividade típica financeira de emprestar dinheiro, e aquela de prestação de

serviços e aquisição de faturamento das empresas representadas pelo 'factoring'.

Até mesmo nas operações em que alguns intérpretes mal avisados pretendem ver semelhança, isto é, no empréstimo bancário contra depósito de duplicatas e na aquisição do faturamento futuro da empresa por empresas de 'factoring', nenhuma semelhança existe, pois na aquisição do faturamento, o negócio mercantil é representado pela compra dos títulos creditórios sem direito de regresso, enquanto que, na operação financeira, os títulos não são adquiridos, mas depositados, para garantir a dívida e pagá-la à medida em que são adimplidos, sendo o direito de regresso a própria razão do depósito" (fl. 41/42).

Afirma a requerente, ademais, terem sido violados os artigos 192 e 146 da Constituição Federal. O art. 192 porque o legislador teria equiparado as empresas de **factoring** às instituições financeiras ao fazer incidir o IOF sobre as operações de **factoring** às mesmas alíquotas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimo realizadas pelas instituições financeiras, fazendo-o por mera lei ordinária, quando a Constituição exigiria lei complementar. Por sua vez, o artigo 146 da Constituição teria sido desrespeitado na medida em que violados, também por lei ordinária (e não complementar), os artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional. Afirma a autora, **in verbis** :

"A violação ao artigo 109 decorre de ter o texto proposto pelo Governo implicado efeitos tributários, sem apreensão dos princípios gerais de direito privado, visto que a pesquisa do conteúdo e alcance do conceito e forma de 'factoring' não permite visualizar que tais operações sejam financeiras, visto que as 'peculiaridades fáticas' são, contrariamente, de direito mercantil.

E viola, também, o artigo 110, pois, altera o conteúdo e o alcance do instituto do 'factoring', para dar-lhe natureza financeira e impor-lhe, em decorrência, o regime jurídico tributário aplicável às instituições dessa natureza" (fl. 16).

O Presidente da República encaminhou informações prévias (fls. 151 /178), defendendo a constitucionalidade da norma, no sentido de que: (i) que " *o art. 153, inc. V, da Constituição Federal não restringe, ao nível pretendido pelo Requerente, o âmbito da competência atribuída à União para instituir o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários* " (fl. 154); (ii) que no " *sistema de*

financiamento de empresas médias e pequenas nas operações de **factoring** *, nas quais há, por um lado, a cessão de créditos e, por outro, a assunção desses direitos creditórios, materializa-se o fato gerador com a entrega por parte do cessionário do direito de crédito do valor do mesmo ao cedente, ou a sua colocação à disposição do interessado (CTN, art. 63, I, Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, art. 1º, inc. I)* " (fl. 154); (iii) que, além disso, " *as operações de faturação envolvem, inegavelmente, a transmissão ou cessão de títulos e valores mobiliários, um dos fatos geradores do imposto em tela (CTN, art. 63, inc. IV, Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994, art. 2º, inc. II, alíneas* ***a*** *e* ***b*** *)* " (fl. 155); (iv) por outro lado, que a Constituição não determina que os fatos geradores do IOF ocorram somente quando envolvida uma instituição financeira, não havendo impedimento, na Constituição ou no Código Tributário Nacional, a que a União Federal inclua no seu âmbito de incidência " *novas modalidades de operações de financiamento e com títulos e valores mobiliários* " (fl. 155); e (v), por fim, que o art. 58 da Lei nº 9.537/1997 " *não transformou as empresas de* **factoring** *em instituições financeiras, não havendo, portanto, razão para a alegada violação ao art. 192 da Constituição Federal* " (fl. 155).

O Senado Federal também defendeu a constitucionalidade da norma (fls. 181/203), ressaltando que as operações de **factoring** enquadram-se como operações de crédito ou relativas a títulos ou valores mobiliários, e que a tributação de tais operações se impõe por razões de isonomia fiscal (art. 150, inciso II, da Constituição), assim como pela própria natureza extrafiscal do tributo, enfatizando, quanto a este último aspecto, que,

> " *A atuação controladora do Estado sobre a atividade econômica, mediante política fiscal, seria anulada se as empresas de fomento mercantil (factoring) ficassem isentas do pagamento do IOF e, em razão disso, auferissem acréscimos em seus negócios em detrimento daquelas sobre as quais incide o referido imposto* " (fl. 186).

O pedido de medida cautelar foi, em sessão plenária de 20/8/1998, indeferido por unanimidade de votos, conforme acórdão, lavrado pelo Ministro **Sepúlveda Pertence** , que ficou assim ementado:

> " *IOF: incidência sobre operações de* **factoring** *(L. 9.532/97, art. 58): aparente constitucionalidade que desautoriza a medida 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 contrário, não contenha operação de crédito, o* **factoring** *, de qualquer modo, parece substantivar negócio relativo a títulos e valores mobiliários, igualmente suscetível de ser submetido por lei à incidência tributária mencionada."* (fl. 226).

Em sua manifestação (fls. 233/240), a Procuradoria-Geral da República defendeu a improcedência da ação direta, destacando que no denominado **conventional factoring** haveria verdadeira operação de crédito, enquanto no **maturity factoring** haveria operação com títulos ou valores mobiliários, de maneira que, em ambos os casos, estaria constitucionalmente autorizada a incidência do IOF.

Ao observar a ausência de manifestação do Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição Federal, determinei a abertura de vista dos autos ao AGU, o qual se pronunciou pela improcedência do pedido.

Instada a se manifestar novamente, a Procuradoria-Geral da República ratificou, em sua integralidade, a manifestação anterior.

É o relatório.