

p
leir. Trib. Atual
n. 17
2003

Coordenação dos Professores
Alcides Jorge Costa, Luís Eduardo Schoueri
e Paulo Celso Bergstrom Bonilha

ISSN 1415-8124

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

17



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

São Paulo - 2003

54.2058

Decálogo

LIVRARIA E EDITORA
decalogo@mandamentos.com.br
(31) 3226 7717-3274 2559
Rua Espírito Santo, 1.025-Loja-H - BH - MG
Temos um advogado [junto ao Pai, Jesus Cristo, o Justo.] [Jo2:1]

Da Não-incidência do IOF-Crédito nas Operações de Mútuo Internacional

Celso Cláudio de Hildebrand e Grisi Filho

Bacharel em Direito pela Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Mestrando em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Fadusp. Associado ao Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT. Professor da Universidade Paulista. Advogado em São Paulo.

I. Os Antecedentes Fáticos

A administração correta dos riscos assumidos pelas empresas no exercício de suas atividades é dever da Diretoria. A Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, estabelece que os administradores devem empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência na condução dos negócios sociais. Há exemplos nos Estados Unidos da América de ações¹ movidas por acionistas minoritários contra administradores de companhias, pelos prejuízos causados pela não-contratação de instrumentos de *hedge*, contra oscilações nos preços de *commodities* ou taxas de juros.

Neste sentido, para quantos militam na advocacia empresarial, atendendo a investidores nacionais e internacionais, sempre receosos com as fortes variações que as taxas de câmbio experimentaram ao longo destes últimos anos, já não é mais surpresa a angústia vivida pelos executivos na busca pela proteção de seus negócios no País. Assim, a procura por mecanismos de proteção de ativos e a fixação de passivos ao dólar norte-americano foi crescente ao longo destas últimas décadas².

É neste cenário, de vulnerabilidade da economia brasileira, que o presente estudo tem seu pano de fundo.

De forma crescente, as principais questões que vêm à mesa de advogados estão atreladas ao fato de que a procura por instrumentos financeiros de proteção, como o *hedge*, cada vez mais encontra barreira nos abusivos prêmios que as instituições financeiras, sejam elas nacionais ou internacionais³, cobram das empresas situadas no Brasil.

Adicionalmente, é preciso lembrar que a maioria destas empresas não possui limites societários suficientes para executar i) reduções de capital, com o intuito de devolução de parte do seu patrimônio financeiro para sua controladora estrangeira, ou ii) não dispõem de lucros acumulados suficientes para o pagamento de dividendos aos seus acionistas. Tais circunstâncias impossibilitavam uma solução razoavelmente simples da questão e desafiam a criatividade dos operadores do Direito⁴.

¹ Vide casos: *Brane v. Roth e Drage v. Procter & Gamble*.

² Neste sentido, vide matéria publicada no caderno de *Finanças & Mercados*, da *Gazeta Mercantil* de 16.9.1999, por Maria Christina Carvalho.

³ Para contratação de *hedge* com instituição financeira no exterior vide Resolução nº 2.012 e Circular nº 2.348, ambas emitidas pelo Banco Central do Brasil.

⁴ Mesmo assim, para a solução proposta nestes dois casos, apenas empresas multinacionais que dispusessem de investimentos no Brasil poderiam ver seu problema solvido, mas tais soluções não se adequariam às empresas detidas por brasileiros, pessoas físicas ou jurídicas situadas no País.

Vislumbrou-se, então, a possibilidade das empresas efetuarem investimentos em empresas *off-shore*⁵, como forma de remeter os excedentes de caixa ao exterior, e assim efetuar um *hedge* “natural” destes valores. Neste caso, o caixa seria utilizado para integralização da participação societária da empresa *off-shore*, que, em contrapartida, efetuaria investimento no mercado financeiro local ou, até mesmo, internacional, através de sua própria personalidade jurídica.

Entretanto, soluções desta natureza mostraram, no decorrer do tempo, perpetuar certos inconvenientes que tiveram, posteriormente, de ser adaptados e/ou reestudados pelos advogados que as propuseram⁶.

Com este ambiente hostil provocado pelo decidido esforço do Estado brasileiro na obtenção de *superávit* primário, a solução que se consolidava como a mais segura à boa parte do empresariado era a alternativa de cursar a remessa destes excedentes de caixa, através da Transferência Internacional de Reais⁷, com a contratação de mútuo com sua controladora e/ou com outra empresa *off-shore* do mesmo grupo econômico, porém no exterior.

Mas, como recomenda a prudência, há que se considerar, caso a caso, todos os obstáculos a serem transpostos neste tipo de operação. Numa primeira análise, parece ser imprescindível que todos os quesitos societários e regulatórios sejam obedecidos para que não haja como se questionar a legalidade desta operação perante o ordenamento jurídico brasileiro ou estrangeiro.

Esclarecemos. Pelo prisma societário, a empresa escolhida como contraparte no contrato de mútuo internacional deve poder contratar esse tipo de operação, não apenas do ponto de vista societário - de suas cláusulas internas de gerenciamento e representação neste tipo de ato contratual de cunho internacional -, mas que também seja possível, de acordo com as leis do país a que se submete, a contratação internacional deste mútuo. Aliás, esse não é apenas um pré-requisito da empresa estrangeira, mas extensivo à empresa brasileira que pretende engajar-se neste tipo de operação.

Já do ponto de vista regulatório, chamamos atenção para a possibilidade de livre circulação financeira de recursos originados do exterior; ou seja, se i) os países envolvidos na operação adotam a política monetária tidas como *liberais*; e se ii) há historicamente risco de bloqueio do numerário remetido quando da possível repatriação dos investimentos no exterior.

Superados estes dois obstáculos iniciais, há que se acautelar também a empresa nacional quanto à correta contabilização da operação de mútuo internacional

⁵ Por este conceito entendemos, neste artigo, estarmos qualificando as empresas constituídas segundo o ordenamento societário de um dado país que, em geral, possui reduzida carga tributária para investimentos no mercado financeiro doméstico ou internacional.

⁶ Neste sentido, verifique-se os dissabores do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, posteriormente regulamentada pela Secretaria da Receita Federal em Instrução Normativa de duvidosa legalidade.

⁷ Apesar da existência de previsão legal para empréstimos brasileiros a empresas estrangeiras na legislação do Banco Central do Brasil, ainda não houve a regulamentação adequada a este tipo de operação no Módulo RDE - IED do Sisbacen. Por esse motivo, as empresas brasileiras que quiserem contratar esse tipo de operação com sociedades estrangeiras são, invariavelmente, forçadas a terem suas remessas cursadas por meio da Transferência Internacional de Reais, regulamentada pela Circular nº 2.677, de 10 de abril de 1996.

em suas contas de balanço. Isso porque as variações cambiais registradas tanto pelo principal mutuado, quanto pelos juros dele decorrente, deveriam, numa primeira análise⁸, ser contabilizadas em conta de resultado da empresa brasileira, como despesa ou receita financeira proveniente da variação cambial correspondente ao período.

Neste ponto, lembramos ainda as regras conhecidas como *Transfer Pricing* no Brasil, inauguradas pela Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que determinam que os juros mínimos a serem cobrados pela empresa brasileira de sua contraparte seriam da ordem de 3% acima da taxa *Libor*, para depósitos em dólares norte-americanos, pelo prazo de seis meses.

Mas em que pesem todas essas observações, a questão mais relevante para esse tipo de operação, em verdade, continua a residir em um empecilho de ordem tributária, qual seja, a questão da incidência - ou da não-incidência - do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários sobre operações de crédito externo ("IOF-Crédito"), conforme disposto no artigo 13 da Lei nº 9.779/99, regulamentado pelo Decreto nº 4.494/02.

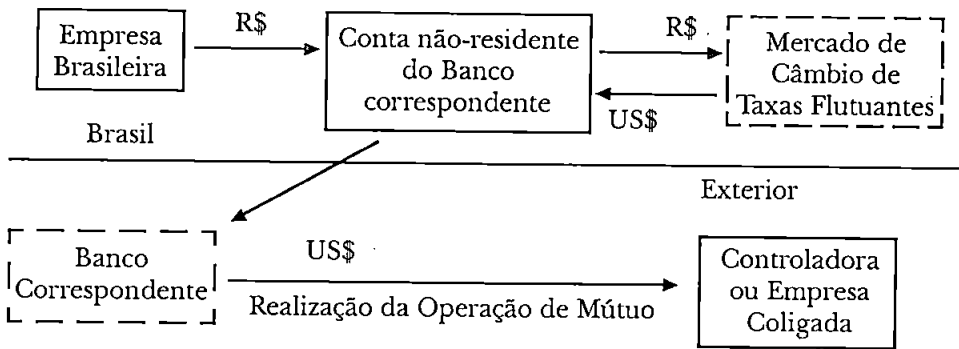
II. Descrição da Operação de Mútuo Internacional

Para um melhor endereçamento da questão, julgamos necessário descrever, genericamente, o mecanismo da Transferência Internacional de Reais, previsto na Circular nº 2.677, de 10 de abril de 1996. Neste sentido, os passos para a realização de uma Transferência Internacional de Reais, ocorrem, normalmente, na seguinte ordem:

- i) a empresa brasileira dirige-se a uma instituição financeira devidamente autorizada a operar em câmbio, pelo Banco Central do Brasil, e que mantém uma conta de não-residente de uma instituição financeira estrangeira;
- ii) em seguida, a empresa brasileira transfere os recursos em reais - recursos estes objeto da futura operação de mútuo -, para essa conta de não-residente, instruindo seu titular (instituição financeira estrangeira) a converter esses recursos em moeda estrangeira (utilizando para tanto do mercado de câmbio de taxas flutuantes) e creditá-los no exterior à sua ordem;
- iii) por fim, os recursos correspondentes que encontravam-se à disposição da empresa brasileira no exterior são, então, transferidos à conta bancária da mutuária (empresa estrangeira, contraparte da operação de mútuo).

Esquemáticamente, portanto, a operação poderia ser vista do seguinte ângulo:

⁸ Com relação às receitas e despesas financeiras decorrentes da variação cambial do principal mutuado, bem como dos juros dele decorrente, lembramos que há discussões com relação à constitucionalidade/legalidade da tributação da receita financeira, assim tida como componente da receita bruta, na base das contribuições sociais ao PIS e à Cofins, introduzida pela Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998. Há ainda que se fazer menção às diversas fórmulas de contabilização das receitas e/ou despesas financeiras relativas às variações cambiais ativas ou passivas, que estão sendo aventadas por contadores e auditores.



III. A Questão que nos é Posta

Tendo em vista a descrição da operação de mútuo internacional acima procedida, bem como a determinação legal prevista pelo artigo 13 da Lei nº 9.779/99, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 4.494/02⁹, surge a questão sobre a incidência do IOF-Crédito nas operações de mútuo internacional.

Nossa análise jurídica será procedida, não obstante reconhecermos a possibilidade de haver fórmulas diferentes de encarar o objeto em estudo, da seguinte forma:

- i) iniciaremos com a descrição da hipótese de incidência do IOF-Crédito, com a intenção de delimitar o objeto a ser estudado;
- ii) posteriormente, passaremos ao estudo da abrangência da expressão “operação de crédito externo”, para enumerar as possibilidades de interpretação de uma norma jurídica, buscando o sentido possível da palavra¹⁰;
- iii) numa nova rodada, analisaremos o âmbito de validade da norma jurídica do IOF-Crédito, procurando demonstrar que uma das alternativas de interpretação não resiste ao estudo da interpretação sistemática do Direito;
- iv) então, concluiremos nosso trabalho.

IV. A Hipótese de Incidência Tributária do IOF-Crédito

O imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários está previsto pelo inciso V do artigo 153 da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;”

⁹ “Art. 2º O IOF incide sobre:

I - operações de crédito realizadas:

(...)

c) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física;

(...)

§ 2º Exclui-se da incidência do IOF referido no inciso I a operação de crédito externo, sem prejuízo da incidência definida no inciso II deste artigo.”

¹⁰ Neste sentido, vide Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 42.

É pacífico o entendimento doutrinário¹¹ de que à União Federal foi reservada, dentro do rígido sistema constitucional de discriminação das competências tributárias, a aptidão de criar, em abstrato, tributos que incidam sobre quatro realidades fáticas distintas, quais sejam: i) operações de crédito, ii) operações de câmbio, iii) operações de seguro, e iv) operações relativas a títulos e valores mobiliários.

Mas tendo em vista que este trabalho centra-se apenas no estudo da definição da hipótese de incidência do IOF sobre operações de crédito, verificamos que seus primeiros contornos foram traçados pelo Código Tributário Nacional, em seus artigos 63 e 64:

“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 a disposição do interessado;

(...)

Art. 64. A base de cálculo do imposto é:

I - quanto as operações de crédito, o montante da obrigação, compreendendo o principal e os juros;

(...).” (grifamos)

O IOF-Crédito sempre foi cobrado, historicamente, apenas sobre operações de crédito bancário, ou seja, aquelas operações em que o cedente do crédito era instituição financeira devidamente habilitada pelo Banco Central do Brasil.

No entanto, com a edição da Lei nº 9.779/99, artigo 13¹², a incidência do IOF-Crédito sobre operações de mútuo entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física foi assim inaugurada:

“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.

§ 1º *Considera-se ocorrido o fato gerador do IOF, na hipótese deste artigo, na data da concessão do crédito.*

§ 2º Responsável pela cobrança e recolhimento do IOF de que trata este artigo é a pessoa jurídica que conceder o crédito.

§ 3º O imposto cobrado na hipótese deste artigo deverá ser recolhido até o terceiro dia útil da semana subsequente à da ocorrência do fato gerador.” (grifamos)

¹¹ Neste sentido, vide Roberto Quiroga Mosquera, *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*, 2ª ed., São Paulo, Dialética, 1999, p. 100.

¹² Há teses de alguns juristas sobre a inconstitucionalidade desse dispositivo legal porque, segundo elas, o IOF só seria cobrável quanto às operações com instituições financeiras, dado o caráter eminentemente extrafiscal deste tributo. Todavia, deixaremos de lado tais teses vez que o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária e por unanimidade de votos, indeferiu o pedido de medida cautelar feito na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.763-DF.

O Decreto nº 4.494/02, por sua vez, regulamentou o fato gerador do IOF-Crédito nos seguintes termos:

“Art. 2º O IOF incide sobre:

I - operações de crédito realizadas:

a) por instituições financeiras (Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, art. 1);

b) por empresas que exercem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*) (Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 15, § 1º, inciso III, alínea “d”, e Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 58);

c) *entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física* (Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, art. 13).

II - operações de câmbio (Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994, art. 5);

(...)

§ 2º *Exclui-se da incidência do IOF referido no inciso I a operação de crédito externo, sem prejuízo da incidência definida no inciso II deste artigo.*” (grifamos)

Da leitura dos textos legais acima transcritos verificamos, deonticamente, a hipótese de incidência tributária do imposto, que deverá realizar-se empiricamente para que se instaure a obrigação jurídica de levar o valor do tributo aos cofres públicos.

No entanto, é importante ressaltar que, para que haja o império dos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, garantidos constitucionalmente, a descrição normativa deverá conter todos os elementos necessários e suficientes à perfeita identificação do fato jurídico tributário. Aliás, esse entendimento é reafirmado no próprio Código Tributário Nacional, em seu artigo 114:

“Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente a sua ocorrência.”

Sendo assim, é importante que se saliente que a não-ocorrência, na operação de mútuo internacional ora sob análise, de todos os aspectos previstos pela norma jurídica do IOF-Crédito, como necessários e suficientes para a conformação do fato gerador deste tributo, não ensejará, em qualquer hipótese, o nascimento da obrigação tributária correlata.

Cabe-nos, então, perfazer a decomposição da hipotética de incidência¹³ da norma jurídico-tributária do IOF-Crédito que, se ocorrida empiricamente, dará surgimento à obrigação tributária principal. Antecedente da norma jurídico-tributária:

. *Aspecto Material*: realizar operação de mútuo;

. *Aspecto Espacial*: território nacional, ou seja, coincide com o âmbito de abrangência da lei tributária;

¹³ A descrição da estrutura da norma jurídico-tributária é tratada exaustivamente pela doutrina jurídica e, para o deslinde da questão sob estudo seguiremos a linha doutrinária do Prof. Geraldo Ataliba. Vide: *Hipótese de Incidência Tributária*, 4ª ed., São Paulo, RT, 1990.

. *Aspecto Temporal*: entrega do valor ou sua colocação à disposição do interessado.

Conseqüente da norma jurídico-tributária:

. *Aspecto Pessoal*: a União Federal é o sujeito ativo da obrigação tributária (*i.e.*, credor do tributo), e o sujeito passivo é o tomador do crédito (*i.e.*, o contribuinte do imposto, quem suportará o ônus tributário). É de se notar, entretanto, que a lei tributária determina expressamente que o mutuante seja o responsável pelo recolhimento do montante devido; e

. *Aspecto Quantitativo*: na hipótese em estudo, a base de cálculo seria composta pelo valor principal mutuado nas diversas operações cursadas no período, a alíquota seria de 0,0041% ao dia, multiplicada pelo prazo de concessão do principal mutuado¹⁴.

Assim, tendo em vista os aspectos da norma jurídica tributária do IOF-Crédito, acima decompostos, resta-nos, para a investigação científica da possível incidência deste imposto na operação de mútuo internacional, a verificação de duas questões que, a nosso ver, devem ser estudadas para o deslinde da questão que nos é posta.

i) Na primeira, será necessário aferir o sentido adequado da expressão “operação de crédito externo” frente aos métodos de interpretação disponíveis para o estudo do Direito, visto que, conforme o § 2º do artigo 2º do Decreto nº 4.494/02, exclui-se da incidência do IOF-Crédito tais operações.

ii) Na segunda, há que se responder a questão da competência tributária do Estado brasileiro para tributar operação de crédito internacional que, em verdade, possui seus elementos constitutivos perpetrados fora do âmbito de incidência da norma jurídica tributária, conforme sua atual previsão legal.

V. A Abrangência da Expressão “Operação de Crédito Externo”

Sabemos que a aplicação do Direito pressupõe a interpretação, assim entendida como a atividade intelectual que se desenvolve à luz de princípios hermenêuticos, visando a declaração de conteúdo, de sentido e de alcance das regras jurídicas. Com isso, a interpretação torna-se o instrumento com o qual o jurista conta para aplicar a regra geral e abstrata às situações que a ela se subsumam, dando surgimento à norma individual e concreta¹⁵.

Savigny distinguia os elementos da interpretação em: gramatical, lógico, histórico e sistemático, no entanto, advertia que tais elementos apenas poderiam atuar conjuntamente¹⁶. Já Ruy Barbosa Nogueira¹⁷ faz referência aos mesmos métodos,

¹⁴ Fazemos referência, também, a previsão legal relativa à limitação de 1,5% ao ano.

¹⁵ Não discutiremos aqui as teorias de que, no Direito Tributário, haveria um método especial de interpretação das leis, vez que, conforme Alfredo Augusto Becker, *Teoria Geral do Direito Tributário*, São Paulo, Lejus, 1998: “Modernamente, para a tranqüilidade de todos, chegou-se à conclusão, tão verdadeira quanto simples, que as leis tributárias são regras jurídicas com estrutura lógica e atuação dinâmica idênticas às das demais regras jurídicas e, portanto, interpretam-se como qualquer outra lei, admitem todos os métodos de interpretação jurídica e não existe qualquer peculiar princípio de interpretação das leis tributárias.”

¹⁶ Conforme Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, José Bushatsky, 1974, p. 322.

¹⁷ *Interpretação no Direito Tributário*, São Paulo, RT, 1989, pp. 11/12.

denominando-os de “os métodos clássicos” e, por derradeiro, aponta na mesma direção, afirmando que um método de interpretação dificilmente pode ser empregado isoladamente, vez que se complementam no sentido de buscar a compreensão do texto jurídico de direito positivo.

A partir disto, duas teorias se formaram sobre o escopo da interpretação da lei: i) a teoria subjetivista ou teoria da vontade, que considera o escopo da interpretação a indagação da vontade histórico-psicológica do legislador; e ii) a teoria objetivista ou da interpretação imanente à lei, que busca a exploração do sentido que é inerente à própria lei.

Karl Larenz¹⁸ afirma que cada uma das teorias tem um pouco de verdade: na teoria subjetivista, a lei jurídica é feita por homens, ao contrário da lei natural, e é expressão da vontade dirigida à criação de uma ordem tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade. Já na teoria objetivista, uma lei, logo que aplicada, irradia uma ação que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. Ela adquire, com o decurso do tempo, uma vida própria e afasta-se das idéias de seus autores.

Por assim ser, entendemos que para que possamos buscar o sentido possível da expressão “operação de crédito externo”, nosso primeiro estudo deve ser dirigido à segregação e posterior definição do conteúdo semântico de cada um dos vocábulos envolvidos nessa expressão.

Neste sentido, Geraldo Ataliba e Cleber Giardino¹⁹, ao analisar o núcleo da definição constitucional do ICM, concluíram que o termo “operações” consistia em atos jurídicos, ou seja, atos regulados pelo Direito como produtores de determinada eficácia jurídica (*i.e.*, juridicamente relevantes).

Para Paulo de Barros Carvalho²⁰, o termo “operações”, no campo do ICMS, é interpretado no sentido de atos ou negócios jurídicos hábeis para provocar a circulação de mercadorias.

Transportando tais ensinamentos para o caso em estudo, o vocábulo “operações” poderia, então, ser interpretado como ato ou negócio jurídico bilateral, no qual há manifestação inequívoca de vontade das partes, sendo que tais atos ou negócios são produtores de efeitos jurídicos, emergindo daí uma relação regulada pelo Direito.

Nesta mesma linha, e dando continuidade a esse esforço interpretativo, verifiquemos o entendimento da melhor doutrina quanto à definição da expressão “operação de crédito”²¹.

¹⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbekian, 1988.

¹⁹ ATALIBA, Geraldo, GIARDINO, Cleber. “Núcleo da Definição Constitucional do ICM”. *Revista de Direito Tributário* nºs 25-26, São Paulo, RT, p. 104.

²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *A Regra-matriz do ICM*, tese apresentada como exigência parcial para obtenção do título de livre docente em Direito Tributário na Faculdade da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 170.

²¹ No dicionário de vocabulário jurídico De Plácido e Silva o termo “crédito” é definido como: “Crédito. Derivado do latim ‘creditum’, de ‘credere’ (confiar, emprestar dinheiro), possui o vocábulo uma ampla significação econômica e um estreito sentido jurídico. Crédito, em sua acepção econômica significa a confiança que uma pessoa deposita em outra, a quem entrega ‘coisa sua’, para que, em futuro, receba dela coisa equivalente.”

J. X. Carvalho de Mendonça²², ao expor as características definidoras de uma operação de crédito, asseverou-se que “é a operação mediante a qual alguém efetua uma prestação presente, contra a promessa de uma prestação futura (...). A operação de crédito por excelência é aquela em que a prestação se faz e a contraprestação se promete em dinheiro.”

Para o citado autor, o essencial na “operação de crédito” é o intervalo de tempo existente entre a prestação presente e a contraprestação futura, denotando-se, daí, também, que nesta operação há a presença do elemento “confiança” do credor no devedor, seja em virtude de sua condição pessoal, seja em razão das garantias oferecidas por ele.

Por todo o exposto, poder-se-ia afirmar que o conteúdo lógico da expressão “operação de crédito” define a operação em que há um negócio jurídico que assevera a troca de um bem constante do patrimônio do credor por um direito exercitável em prazo futuro, onde se reaverá o mesmo bem, ainda que em quantidade variada.

Resta-nos, então, prosseguir na interpretação da expressão em análise. Neste sentido, como bem lembra Roberto Quiroga Mosquera²³, na língua portuguesa, as locuções adjetivas modificam a compreensão do substantivo que a procedem e, assim, a locução “de crédito externo” deverá ser compreendida como uma qualificação específica - uma qualidade especial - ao termo “operações”.

Conforme definição do Dicionário Melhoramentos da Língua Portuguesa, o termo “externo” significa: “1. Que é de fora; estranho; 2. De país estrangeiro; 3. Diz-se do aluno que não reside no estabelecimento de ensino onde estuda.”

Vejamos, então, a norma jurídica que se pretende interpretar, tendo em mente, desta feita, que a expressão “de crédito externo” dá qualidade específica à “operação”, ou seja, uma operação de crédito que reúna elementos “de fora”, “de país estrangeiro”, ou, quiçá, internacionais:

“Art. 2º O IOF incide sobre:

I - operações de crédito realizadas:

(...)

c) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física.

(...)

§ 2º *Exclui-se da incidência do IOF referido no inciso I a operação de crédito externo, sem prejuízo da incidência definida no inciso II deste artigo.*” (grifamos)

Em nosso entender, portanto, o sentido da expressão “operação de crédito externo” poderia ser definido logicamente como negócio jurídico internacional em que há a troca de um bem constante do patrimônio do credor por um direito exercitável em prazo futuro, quando o devedor deverá restituir ao credor o mesmo bem, ainda que em quantidade variada.

Por negócio jurídico internacional, entendemos estarmos qualificando uma operação de crédito externo, em que o credor e o devedor encontram-se em países diferentes, ou seja, sob a égide de ordenamentos jurídicos distintos, podendo,

²² MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. V, 2ª parte, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1970, p. 50.

²³ *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais*, 2ª ed., São Paulo, Dialética, 1999, p. 101.

dentro dos limites do Princípio da Autonomia das Vontades, e respeitadas as fronteiras legais que seus respectivos ordenamentos impõem, contrair direitos e obrigações mutuamente²⁴.

Com isso, parece-nos que o artigo 2º, § 2º, do Decreto nº 4.494/02 pretendeu excluir do campo de incidência do IOF-Crédito as operações de mútuo internacional; assim entendidas como, operações de crédito em que devedor e credor encontram-se em países distintos, independentemente de sua posição na respectiva obrigação comercial (*i.e.*, credor ou devedor).

Aliás, a interpretação procedida por nós neste trabalho se coaduna perfeitamente, em uma perspectiva histórica, com as posições adotadas pelo Estado brasileiro nos últimos anos, visto que, cada vez mais, se pretende desonerar a exportação de mercadorias e serviços, bem como integrar o País à comunidade internacional, procurando a livre circulação de mercadorias e pessoas.

Deste ponto de vista histórico, não podemos deixar de ressaltar que as operações de crédito externo, ao seu termo final, não deixarão de trazer divisas ao País, pela cobrança mínima de juros de 3% acima da taxa *Libor*:

VI. A Possível Interpretação das Autoridades Fiscais

Em que pesem todos os argumentos aqui expostos no sentido de que não houve o nascimento da obrigação tributária do IOF-Crédito nas operações de mútuo internacional, há que se asseverar a postura contrária que os órgãos administrativos, em especial a Delegacia Especial das Instituições Financeiras, têm adotado na interpretação do texto jurídico em estudo.

Conforme o entendimento das autoridades consultadas, a expressão “operação de crédito externo” deve ser interpretada estritamente, ou seja, a expressão deve ser entendida como a operação em que o crédito vem do exterior para uma pessoa física ou jurídica residente e domiciliada no País.

Neste contexto, entende-se pela locução “crédito externo” aquele crédito proveniente do exterior para um residente no Brasil, mas nunca uma operação de crédito que tenha elementos contrários, ou seja, um credor residente no Brasil e um devedor situado em país distinto. Por esta interpretação, portanto, seriam normalmente tributadas pelo IOF, a partir de 1º de janeiro de 1999, as operações de crédito internacional que acima aludimos.

Tanto é assim que o Ato Declaratório nº 4, datado de 15 de janeiro de 1999, expressamente demonstrou a interpretação do Secretário da Receita Federal no seguinte sentido:

“3. No caso de mutuário residente ou domiciliado no exterior, a alíquota do IOF aplicável às operações de crédito levará em consideração sua condição de pessoa física ou jurídica, a exemplo do residente no País.”

VII. O Âmbito de Validade da Norma Jurídica do IOF-Crédito

Mas é noutra questão, eminentemente de cunho internacional, que encontraremos, a nosso ver, uma solução definitiva a deste impasse.

²⁴ Neste mesmo sentido, vide Luiz Olavo Baptista, *Dos Contratos Internacionais: uma Visão Teórica e Prática*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 24: “Desta forma, poderíamos dizer que internacional é o contrato que, contendo elementos que permitam vinculá-lo a mais de um sistema jurídico, tem por objeto operação que implica o duplo fluxo de bens pela fronteira, ou que decorre diretamente de contrato dessa natureza.”

Como analisamos no tópico II deste trabalho, a operação de mútuo internacional, conforme operada, denota nitidamente que o esforço de colocação do principal mutuado foi inteiramente procedido pela empresa brasileira, ou seja, os efeitos jurídicos do mútuo só se iniciaram após a colocação, no exterior, do numerário negociado.

Daí por que podemos dividir nitidamente em dois momentos as operações a que fazemos alusão: no primeiro há que se salientar o aperfeiçoamento de um contrato de câmbio de moeda estrangeira, por conta e ordem de terceiro, no qual se objetiva a remessa destes recursos ao exterior; e, num segundo instante, há que se demonstrar a conclusão de um contrato de mútuo envolvendo duas partes de nacionalidades distintas.

Mas como poderia, então, um decreto emanado pelo Presidente da República, e cujo âmbito de incidência limita-se ao território nacional, estipular a obrigação tributária do IOF-Crédito a um residente e domiciliado no exterior?

Ora, lembramos que, de acordo com o artigo 4º do Decreto nº 4.494/02, o sujeito passivo da obrigação tributária do IOF-Crédito é a pessoa física ou jurídica tomadora do crédito, ou seja, o contribuinte do imposto é o mutuário da operação de crédito externo. Neste caso, um estrangeiro que sequer veio ao Brasil para a contratação de seu empréstimo.

Conforme ressalta Heleno Tórres²⁵:

“Na Comunidade Internacional todos os países são soberanamente iguais e independentes. E, como dizia Kelsen, o Estado é soberano desde que se encontre sujeito somente ao Direito Internacional e não ao direito nacional de qualquer outro Estado. Por isso nenhum Estado de Direito pode pretender dominar ou impor seus atos a um outro Estado, em suas relações recíprocas (a reciprocidade tem papel fundamental para a legitimidade da soberania), em cumprimento ao dever de reconhecimento da obrigatoriedade das normas de Direito Internacional como forma de respeito às demais soberanias.”

Procurando dar solução à questão dos limites do poder de legislar de dado Estado com relação às pessoas, coisas ou atos ocorridos fora de seu território, Alberto Xavier²⁶ leciona:

“Da mesma forma que o Estado tem, como elementos, a população e o território, assim também a soberania se distingue numa soberania pessoal (*Personalhoheit*) e numa soberania territorial (*Gebietshoheit*); a soberania pessoal é o poder de legislar sobre as pessoas que, pela nacionalidade, se integram no Estado, seja qual for o território em que se encontrarem; a soberania territorial é o poder do Estado de legislar sobre pessoas, coisas ou fatos que se localizam no seu território.”

Ora, no caso sob análise, não se pode argüir a competência tributária do Estado brasileiro para pretender tributar sociedade estrangeira, como mutuária de uma operação de crédito, tendo em vista a soberania pessoal acima descrita por

²⁵ TÓRRES, Heleno. *Pluritributação Internacional sobre as Rendias de Empresas*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2001, p. 67.

²⁶ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil - Tributação das Operações Internacionais*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 13.

Alberto Xavier. Como se percebeu pela descrição da operação proposta linhas acima, a sociedade estrangeira foi constituída sob as leis de Estado estrangeiro, sendo, desta forma, considerada nacional deste país.

Restaria-nos, portanto, apenas a alternativa de aplicar a soberania territorial sobre a operação de crédito externo, assim entendida como um negócio jurídico perfeito e acabado entre uma empresa brasileira e a sociedade estrangeira.

Vejamos o entendimento de Alberto Xavier:

“(...) o Direito Internacional Público reconhece automaticamente aos Estados o poder de tributar até os limites onde ela (soberania) se estende, mas recusa-lhe tal poder na medida em que esses limites forem ultrapassados, de tal modo que se um Estado tributar estrangeiros em função de situações que não tenham qualquer conexão com o seu território, estará violando o Direito Internacional, com todas as conseqüências que daí advêm, desde a invalidade da lei à responsabilidade internacional.”

Dáí extrai-se que para que a União pudesse validamente instituir a tributação sobre estrangeiros, a lei tributária que instituiu o IOF-Crédito deveria, minimamente, enumerar os chamados *critérios de conexão*²⁷ sobre certas pessoas, certos bens, ou determinados fatos que, ocorridos fora dos limites do território nacional, estariam adstritos à chamada soberania territorial por possuírem alguma *conexão*.

Em outras palavras, a União poderia validamente instituir o IOF-Crédito sobre as operações em que qualquer estrangeiro, seja esta pessoa jurídica ou física, contratasse determinada operação de crédito, mesmo que fora dos limites territoriais do Brasil, mas com alguma conexão à Soberania territorial brasileira.

Mas como sabemos, pela leitura dos textos legais relativos ao IOF-Crédito, não há em nenhum momento o exercício da competência impositiva do legislador federal no sentido de criar um critério de conexão para que a Secretaria da Receita Federal pudesse pretender cobrar tal imposto nas operações aludidas por nós.

E, sob o primado do Princípio da Legalidade e da Tipicidade Cerrada, não há como emendar-se uma lei ordinária emanada pelo Congresso Nacional através de mero ato administrativo, como pretendeu o Secretário da Receita Federal através do Ato Declaratório nº 4, datado de 15 de janeiro de 1999.

O que talvez, possa ter incitado uma enganosa interpretação do Fisco brasileiro é o fato de que certas operações de mútuo internacional possam ter sido contratadas por empresas brasileiras, nos limites territoriais do País, sob a égide das leis cíveis e comerciais brasileiras, e que, portanto, estariam, adstritas ao poder de tributar da União Federal.

Mas como restou evidenciado no item II acima, o negócio jurídico de mútuo a que fizemos alusão se aperfeiçoou inteiramente no exterior e não teve quaisquer de seus elementos iniciados ou negociados em território nacional.

²⁷ Em um dos estudos mais esclarecedores sobre o assunto, estatui o Prof. Dr. Luiz Olavo Baptista, insigne Professor Titular do Departamento de Direito Internacional da FADUSP, *Dos Contratos Internacionais: uma Visão Teórica e Prática*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 25: “Diversos elementos existem no contrato que podem ser utilizados para vinculá-lo a Estados diferentes: a vontade das partes, o lugar de conclusão, o da execução das obrigações, a nacionalidade, o domicílio ou a localização do estabelecimento das partes, a moeda utilizada, a procedência ou o destino dos bens ou direitos objeto do contrato e outros de menor relevo.”

Como vimos, a empresa brasileira apenas transferiu os recursos em reais para a conta de não-residente que dada instituição financeira estrangeira possuía numa instituição financeira brasileira, instruindo a primeira (*i.e.*, instituição financeira estrangeira) a converter esses recursos em moeda estrangeira (utilizando-se para tanto do mercado de câmbio de taxas flutuantes) e creditá-los no exterior à sua conta e ordem. Somente após essa operação é que a empresa brasileira ordenou a transferência dos montantes à conta de outra sociedade estrangeira, aperfeiçoando o mútuo contratado, no exterior, com a tradição do bem mutuado, provavelmente com a adoção da lei local como a de regência deste contrato, bem como executando todas as deveres e obrigações dentro dos limites territoriais deste outro país.

E, sendo assim, somos da opinião de que não poderá a autoridade fiscal brasileira pretender cobrar imposto sobre um fato jurídico ocorrido fora do âmbito de incidência da norma nacional, até que posterior emenda legislativa traga à baila um critério de conexão plausível para esse tipo de operação. Mas mesmo assim, somos forçados a lembrar que, sob o primado do Princípio da Anterioridade e da Irretroatividade das leis tributárias, tal novação no ordenamento jurídico pátrio somente surtirá efeito para o futuro.

VIII. Conclusões

Por todo exposto, e em que pese a interpretação dada pelo Ato Declaratório nº 4, de 15 de janeiro de 1999, entendemos haver relevantes argumentos jurídicos que possam sustentar o não-nascimento da obrigação tributária do IOF-Crédito nas operações de mútuo internacional celebradas entre uma empresa brasileira e sociedades estrangeiras, sob o embasamento jurídico de que:

1. A norma tributária que estipula a não-incidência do IOF sobre “operações de crédito externo” (§ 2º do artigo 2º do Decreto nº 4.494/02), *per se*, não restringe sua interpretação apenas aos créditos provenientes do exterior, devendo ser interpretada sistematicamente.
2. Neste sentido, entendemos que o sentido provável da expressão “operações de crédito externo” seria a de um negócio jurídico internacional em que há a troca de um bem constante do patrimônio do credor por um direito exercitável em prazo futuro, quando então o devedor deverá restituir ao credor o mesmo bem, ainda que em quantidade variada.
3. Como negócio jurídico internacional, entendemos estarmos qualificando uma operação de crédito, em que o credor e o devedor encontram-se em países diferentes, ou seja, sob a égide de ordenamentos jurídicos distintos, pura e simplesmente.
4. Ademais, verificamos que o âmbito de incidência da norma jurídica tributária que instituiu o IOF-Crédito, bem como sua regulamentação posterior, é o território nacional; e
5. considerando que a entrega dos recursos, ou seja o aperfeiçoamento da operação de crédito, dá-se no exterior, somos da opinião de que a norma jurídica interna não deve alcançar tal operação, pelos limites da territorialidade.

6. Finalmente, verificamos também, não haver qualquer previsão legal na ordem jurídica brasileira que estipule um critério de conexão que atrairia a operação realizada no exterior para o alcance da norma jurídica brasileira (*i.e.*, Lei nº 9.779/99).