

"FACTORING" E IMPOSIÇÃO FISCAL

Ives Gandra da Silva Martins(*)

De início, mister se faz considerar os dois textos legais que cuidam do *factoring* no País.

O primeiro, concernente ao imposto de renda, é o artigo 28, § 1º, letra c.4 da Lei n. 8.981/95, assim redigido:

"A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de 5% sobre a receita bruta registrada na escrituração, auferida na atividade.

§ 1º Nas seguintes atividades o percentual de que trata este artigo será de: ... c) 30% sobre a receita bruta auferida com as atividades de: ...

c.4) prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*), e o segundo, de natureza explicativa, é a Resolução n. 2.144/95, emanada do Bando Central, cuja dicção é a seguinte:

"Ministério da Fazenda — Banco Central do Brasil — Diretoria

Resolução n. 2.144 — de 22 de fevereiro de 1995.

O Bando Central do Brasil, na forma do artigo 9º da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, tor-

(*) *Ives Gandra da Silva Martins* é Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional.

na público que o Conselho Monetário Nacional em sessão realizada em 22 de fevereiro de 1995, tendo em vista o disposto no artigo 4º, inciso VI, da referida lei, e face ao contido no art. 28, § 1º, alínea c.4, da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995, que conceitua como *factoring* a atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços, resolveu:

Art. 1º Esclarecer que qualquer operação praticada por empresa de fomento mercantil (*factoring*) que não se ajuste ao disposto no artigo 28, § 1º, alínea c.4, da Lei n. 8.981/95, e que caracteriza operação privativa de instituições financeiras, nos termos do art. 17, da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, constitui ilícito administrativo (Lei n. 4.595/64) e criminal (Lei n. 7.492/86).

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Pérsio Arida — Presidente"(1).

(1) *Escrevi sobre o perfil jurídico do factoring o seguinte: "Tem-se discutido, ultimamente, se as operações de factoring seriam ou não operações financeiras.*

Decididamente, não são. São operações de fomento industrial, tendo natureza mercantil. Objetivam estimular e desenvolver a produção, permitindo que as empresas vendam seu faturamento às empresas do setor, correndo, as adquirentes, os riscos inerentes à operação, inclusive os riscos de insolvência dos destinatários da produ-

As operações de *factoring* são, a saber:

- a) prestação de serviços de assessoria creditícia, cumulativa e contínua;
- b) prestação de serviços de assessoria mercadológica, cumulativa e contínua;
- c) gestão de crédito;
- d) seleção de crédito;
- e) determinação e assunção de riscos;
- f) administração de contas a pagar;
- g) administração de contas a receber;
- h) compras de direitos creditórios resultante de vendas mercantis a prazo;
- i) compras de direitos creditórios resultantes de prestação de serviços.

Todas as operações podem ser realizadas por empresas de *factoring*, não sendo, todavia, da essência de sua ação que sua conformação só aconteça com a simultânea ocorrência de todas elas.

ção, visto que as operações de factoring não hospedam o direito de regresso. Se fosse permitido o direito de regresso, não haveria uma operação mercantil, mas uma operação financeira, vale dizer, não haveria distinção entre o financiamento de uma instituição financeira e a aquisição do faturamento que a operação de factoring pressupõe.

É claro que o produtor ou comerciante de venda adquirida responde pelos vícios redibitórios, isto é, por aqueles vícios inerentes ao produto adquirido, não se confundindo, tal responsabilidade, com a da insolvência dos adquirentes de tais produtos.

Não se incluem nas operações de factoring a aquisição de cheques "pós datados", visto que, sobre terem características de operações financeiras e não mercantis, confirmam o direito de regresso que as desnatara.

O breve perfil jurídico da operação aqui discutida foi consagrada em Congressos Internacionais sobre factoring, principalmente no realizado no Canadá, e hoje está conformado no artigo 28 da Lei 8.981 de 20.1.95, assim redigido: "prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a receber e a pagar, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring)".

O *factoring* é, portanto, atividade mercantil complexa de suporte gerencial e financeiro com amplo respaldo nas normas do direito vigente no Brasil.

Tais breves considerações objetivam demonstrar que as verdadeiras operações de *factoring* são mercantis e não financeiras.

Há, todavia, inúmeras empresas que operam no mercado, intituladas como operadoras de *factoring*, que não praticam tais operações, exercendo verdadeira atividade financeira e sujeitas, portanto, à fiscalização do Banco Central.

O Conselho de Ética da Associação Nacional de Factoring — ANFAC tem procurado coibir tal procedimento, a fim de que os verdadeiros operadores de *factoring* não sejam prejudicados por tal ação dissimulada, tendo deliberado que, em processos que lhe chegarem, se ficarem caracterizados tais procedimentos irregulares, levará ao conhecimento do Banco Central as distorções detectadas para que tome as medidas necessárias.

Será a única forma de valorizar as operações de *factoring*, moderno instrumento de desenvolvimento do País, fartamente utilizada pelas nações mais desenvolvidas" (Folha de SP, 16.5.95).

Pode uma empresa de *factoring* atuar em apenas algumas das atividades atrás enunciadas, continuando com tal perfil jurídico⁽²⁾.

A questão que se coloca é se poderia a empresa de *factoring* adquirir direitos creditórios de operações mercantis à vista⁽³⁾.

O conceito de venda mercantil à vista é de se entender, para efeitos do dispositivo enunciado, como aquele em que o recebimento do preço da venda se dá contra a entrega da mercadoria. Nestes casos, à evidência, não há direito a ser adquirido⁽⁴⁾.

O mesmo não ocorre se a venda for a trinta dias da emissão da nota ou trinta dias, fora o mês, pois muito embora alguns comercialistas entendam que se trate de operação à vista, para efeitos das empresas de *factoring* trata-se de operação a prazo⁽⁵⁾.

É que a finalidade da empresa de *factoring* ou de "fomento mercantil" é ofertar os recursos pela compra da "circulação" de "produtos" ou "serviços", facilitando as relações econômicas e as operações mercantis para empresas sem "caixa".

Em outras palavras, na venda a prazo qualquer que ela seja — oferenda, a empresa de *factoring*, os recursos necessários, na compra sem direito de regresso, para a empresa mercantil, afastando a necessidade de socorrer-se do sistema financeiro, recebendo a totalidade dos recursos de sua venda.

Por outro lado, se os compradores de bens ou serviços não pagarem no prazo estipulado na venda, à evidência, a empresa de *factoring* detentora

(2) O Dicionário da Academia Brasileira de Letras Jurídicas assim explica o verbete Factoring: Factoring S.m. (ing.) Dir. Com. contrato pelo qual uma agência financeira adquire os créditos faturados de uma empresa, para, mediante comissão, cobrá-los por sua conta e risco. Diz-se *rb. faturização*" (Dicionário Jurídico, 2ª ed., ed. Forense Universitária, 1991, pág. 249).

(3) Luiz Lemos Leite em seu livro "Factoring no Brasil" editado pela Atlas e por mim prefaciado, traz o histórico do Instituto no Direito Comparado e sua adequação à realidade brasileira.

(4) De rigor, tal tipo de venda é "a contado", assim definido pela Comissão de Redação da Enciclopédia Saraiva: É aquela em que o pagamento do preço é realizado imediatamente, no ato da entrega ou tradição da coisa pelo vendedor. Não se confunde com a venda, por ser modalidade que comporta o pagamento do preço em prazo exíguo, que, ordinariamente, é de trinta dias, na prática comercial. É o mesmo que venda a dinheiro. A matéria está regulada no CC em seu art. 1.130, quando estabelece: "Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa, antes de receber o preço" (Enciclopédia Saraiva do Direito n. 76, ed. Saraiva, 1977, pág. 468).

(5) É a própria Comissão de Redação da Enciclopédia Saraiva que declara no verbete "venda a vista": "Em oposição à venda a crédito (v.), é aquela cujo pagamento do preço é feito a dinheiro de contado ou dentro de um prazo exíguo, o qual, ordinariamente, é de trinta dias" (Enciclopédia Saraiva do Direito n. 76, ob. cit., pág. 491).

SUPLEMENTO TRIBUTÁRIO LTr

Reg. Div. Cens. Div. Públ. DPF n° 1658-p209/73

REDAÇÃO: DIRETOR - ARMANDO CASIMIRO COSTA - DET - SÃO PAULO 749
REDATOR - ARMANDO CASIMIRO COSTA FILHO - DRT - SÃO PAULO 9.513

PROPRIEDADE DA LTR EDITORA LTDA.

Redação: Rua Jaguaribe, 571 — Fone (011) 67-1101
Fax: (011) 825-6695 — CEP 01224-001 — São Paulo — SP.
Vendas: Rua Apa, 165 — Fone (011) 826-2788
Fax: (011) 826-9180 — CEP 01201-904 — São Paulo — SP

Composição: Linotec - 279-2221
Impressão: Editoras Unidas
Rua Bueno de Andrade, 218 - 278-4321

dos créditos perde o direito de regresso contra a "vendedora", mas não está obrigada a suportar o prejuízo, em caso de novação, não lhe sendo vedado cobrar os encargos correspondentes ao custo de novar.

Em nenhum momento, nem a Lei n. 8.981/95, nem a Resolução do Banco Central impõem a obrigação de a empresa de "formento mercantil" suportar "prejuízo", pelo fato de não possuir o "direito de regresso", como as entidades financeiras detêm, contra a vendedora.

Faz, apenas, a lei, referência à aquisição de "direitos creditórios", direitos estes que, se forem renegociados com os compradores, não desnaturam, no meu entendimento, o perfil das empresas de factoring⁽⁶⁾.

Se uma empresa vender sua produção faturada a 15 dias, transferindo seus direitos creditórios sem direito de regresso, e se a empresa adquirente, nos casos de impossibilidade de pagamento dos devedores, alargar este prazo, não vislumbro qualquer violação da Lei n. 8.981/95 ou da Resolução n. 2.144/95 até porque, sem direito de regresso, a titularidade dos créditos é exclusivamente da empresa de factoring, só a ela cabendo concordar ou não na dilação do prazo⁽⁷⁾.

(6) Caio Mário da Silva Pereira ensina sobre a hermenêutica que: "Interpretar não é tão-somente contentar-se com o que a letra da lei revela, pois que, na sociedade animada pela civilização jurídica, a fórmula sacramental perdeu a validade que era o seu prestígio num estágio primitivo, em que dominava a escravidão da forma. Por isso mesmo já o romano sentenciava que "scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem".

E precisamente por ser a hermenêutica a arte de rebuscar aquele sentido vivo do preceito, é que a interpretação realiza a vivência permanente da disposição legal por um tempo que largamente se distancia do momento em que nasce.

Comumente, a idéia da interpretação sugere o entendimento da lei, como expressão do Poder Legislativo. É preciso, porém, acrescentar que toda norma jurídica é objeto de interpretação, seja a lei escrita (seu campo mais freqüente), seja a decisão judicial, seja o direito consuetudinário, seja o tratado internacional.

Em razão da necessidade de maior ou menor atividade do intérprete, várias espécies de interpretação se apontam, repetidas pelos escritores mais ou menos ordenadamente e que Tito Fulgêncio classificou, sistematicamente, em dois grupos, quanto à origem e quanto aos elementos. Quanto à origem, diz-se a interpretação pode ser autêntica, judicial ou doutrinária; e quanto aos elementos, gramatical, lógica ou sistemática" (Instituições de Direito Civil, 12ª ed., vol. 1, cd. Forense, 1990, pág. 136).

(7) Factoring. Operação de crédito consistente na aquisição, pro soluto, do faturamento de uma empresa, por outra empresa, denominada factor.

Esta forma de aquisição de ativos financeiros não se confunde com a operação bancária, pois enquanto esta pressupõe a cláusula pro solvendo, isto é, a empresa tomadora do empréstimo responde pela dívida se os títulos descontados não forem pagos, o factoring estipula a cláusula pro soluto, pela qual o factor assume total responsabilidade quanto ao eventual não pagamento dos títulos. O factoring é um recurso adequado a pequenas e médias empresas, as quais, por não disporem de um mecanismo apropriado de crédito, são obrigadas a se submeter às condições nem sempre vantajosas da rede bancária.

Mesmo companhias de grande porte, em regime de concordata e sem crédito, encontraram no factoring a reabilitação; por exemplo, a Rolls-Royce, da Inglaterra (Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva — Versão Informatizada Copyright (c) JB Data Ed. de Informática Jurídica Ltda. Copyright (c) Marcus Cláudio Acquaviva).

À evidência, nestas circunstâncias, o ICMS apenas incidirá sobre o valor da venda a prazo, objeto da cessão dos créditos, mas não sobre a novação no prazo de pagamento, pois já não mais participando o vendedor da "novação" contratual feita para assegurar a "adimplência" dos inadimplentes, pela factoring, detentora dos direitos creditórios.

Esta, à nitidez, estaria sujeita ao ISS e deveria pagar sobre o valor da prestação de serviços, ou seja, a parte agregada à operação, já que o valor do crédito na aquisição teve a incidência do ICMS.

Não se pode dizer, nas circunstâncias mencionadas, que há uma vinculação da empresa de factoring com pessoas físicas, visto que esta é apenas decorrencial da sua aquisição de direitos creditórios necessariamente de pessoa jurídica⁽⁸⁾.

Nem se diga que poderia ensejar, a novação da dívida, o "abuso de forma", na medida em que a empresa vendedora já está satisfeita em seus direitos, a empresa de factoring não detém direito a regresso, mas possui o direito de preservar seus créditos, cobrando-os, conforme as circunstâncias, sem prejuízo. Por outro lado, não há impedimento legal a que assim aja, nem o abuso de forma pode ocorrer em direito tributário sem lei expressa, como ocorre na distribuição disfarçada de lucros para efeitos do imposto sobre a renda. E não há hipótese legal da forma superativa para o ICMS.

É de se lembrar, ainda, que a desconsideração da pessoa jurídica, por formulação jurisprudencial, deve ser provada por quem acusa, visto que o ônus da prova não cabe ao acusado⁽⁹⁾.

(8) É, aliás, alerta permanente do Presidente da ANFAC, Dr. Luiz Lemos Leite, que declara ser orientação da entidade em operações das empresas de factoring: "Ancorada na Convenção Diplomática de Ottawa, que deu origem ao artigo 28 da Lei 8.981, ratificada pela Resolução 2.144, de 22.2.1995, do Conselho Monetário Nacional, é de toda conveniência eliminar qualquer conotação de negócio com consumidor, pessoa física, que refoge aos objetivos do factoring.

A propósito, o artigo 1º do Projeto de Lei 230 do eminente Senador José Fogaça, ao definir o factoring, é taxativo, a saber: "Art. 1º. Entende-se por fomento mercantil, para os efeitos desta lei, a atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, de gestão de crédito, de seleção de riscos, de administração de contas a receber e a pagar e de outros serviços, conjugada com a aquisição pro soluto de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviço, a prazo.

Desse modo, o objeto social adotado e recomendado pela ANFAC: a) prestar, em caráter cumulativo e contínuo, serviços de análise e gestão de crédito, de orientação mercadológica, de acompanhamento de contas a receber e a pagar e outros serviços que vierem a ser solicitados pela clientela; b) adquirir créditos (direitos) de empresas clientes resultantes de vendas de seus produtos, mercadorias ou de prestação de serviços; c) efetuar negócios de factoring no comércio internacional de importação e exportação" (carta da ANFAC de 31.1.96).

(9) Escrevi: "Embora sejam muitas as facetas da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, no Direito Comparado, no Brasil restringe-se sua discussão a duas grandes vertentes, ou seja, à teoria extensiva e à teoria limitativa. Pela primeira, sempre que os

Tenho para mim, por fim, que o ICMS não incide sobre financiamentos de vendas mercantis,

atos praticados, por intermédio da pessoa jurídica, refugirem dos limites de sua personificação, tais atos não seriam inválidos, mas ineficazes para aquela forma, embora ganhando eficácia atributiva a outra conformação jurídica. O superamento da pessoa jurídica decorreria de sua inadequação no receber a forma pretendida pelas partes, forma esta incapaz de tirar a validade jurídica do negócio acordado, mas recebendo tais atos jurídicos outro tratamento jurisprudencial ou legislativo.

Pela teoria limitativa, a desconsideração seria necessariamente formulação jurisprudencial, visto que a previsão legal da hipótese desconsiderativa já representaria tratamento legislativo pertinente, razão pela qual não hospedaria a teoria da desconsideração, mas apenas uma singela teoria da imputação dos efeitos legais aos atos normativos.

As duas correntes possuem, no Brasil, adeptos de escól, quase sempre, em sua versão privativista, ou seja, naquela em que a lacu-

operações, no máximo e nas hipóteses legais, sujeitas ao IOF. Já o STF decidiu neste sentido, no passado, conforme relata o Prof. Lima Gonçalves, em parecer a que tive acesso⁽¹⁰⁾.

na legal é preenchida pelo fenômeno superativo ou a previsão legal já lhe dá tratamento pertinente" (Direito Público e Empresarial, Edições CEJUP, 1988, págs. 61/62).

(10) No livro que coordenei sobre IOF com a participação dos juristas: Aloysio Meirelles de Miranda Filho, Angela Maria da Motta Pacheco, Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, Cecília Maria Marcondes Hamati, Celso Bastos, Cláudio Santos, Edvaldo Brito, Gilberto de Ullhôa Canto, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Eduardo Soares de Mello, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Paulo Lucena de Menezes e Plínio José Marafon, ficaram claras as áreas de imposição do Fisco Estadual quanto ao ICMS e do Fisco Federal sobre o IOF" (caderno de Pesquisas Tributárias n. 16, edição Resenha Tributária Centro de Extensão Universitária, 1991).