



Solução de Divergência nº 9 - Cosit

Data 23 de setembro de 2016

Processo

Interessado

CNPJ/CPF

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF CESSÃO DE CRÉDITO. INCIDÊNCIA.

A operação de cessão de direitos creditórios na qual figure instituição financeira na qualidade de cessionária sujeita-se à incidência do IOF sobre operações de crédito, estejam ou não os créditos cedidos corporificados em títulos de crédito, sempre que a operação seja realizada com o intuito de fornecer crédito ao cedente.

Para tanto, deve estar presente no contrato de cessão de crédito cláusula de coobrigação, ou, ausente tal cláusula de maneira expressa, o arranjo jurídico e negocial estabelecido entre as partes deve ter sido configurado de tal forma que o cedente responderá, ao final, pela eventual inadimplência do sacado/devedor original.

Ficam reformadas a Solução de Divergência nº 16 - Cosit, de 2011, e as Soluções de Consulta nº 76, de 2008, da SRRF04/Disit, nº 35, de 2009, da SRRF05/Disit, e nº 19, de 2008, da SRRF01/Disit.

Dispositivos Legais: Lei nº 4.595, de 1964, art. 17; Decreto-lei nº 1.783, de 1980, art. 1º, inciso I; Decreto nº 6.306, de 2007, art. 2º, inciso I, alínea “a” e art. 3º, § 3º, inciso I. Parecer PGFN/CAT nº 472/2016, de 6 de abril de 2016.

Relatório

O interessado formula recurso de divergência à Coordenação-Geral de Tributação (Cosit), com fulcro no art. 48, § 5º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e no art. 16 da Instrução Normativa (IN) nº 740, de 02 de maio de 2007 (atualmente arts. 19 a 21 da IN nº 1.396, de 16 de setembro de 2013), referente à incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF sobre as operações de cessão de direitos creditórios com cláusula de coobrigação.

2. Informa que exerce atividade de intermediação, considerada típica de instituição financeira. No exercício dessa atividade, firmaria contratos de cessão de créditos nos quais figura como cessionária, tendo seus clientes como cedentes. Essas operações teriam por objeto, a título exemplificativo, duplicatas, notas promissórias, contratos, recebíveis em geral (inclusive recebíveis de operações de cartão de crédito), inclusive decorrentes de vendas a prazo realizadas pelos clientes.

3. Essas operações de cessão de crédito seriam realizadas em duas modalidades distintas: com ou sem coobrigação. Por ocasião de cada operação, haveria o pagamento de um valor previamente acordado (“preço”), calculado com base no valor do crédito cedido sobre o qual seria aplicada uma “taxa de aquisição” pelo prazo a decorrer até o vencimento do crédito cedido.

4. Diante dessa situação, surgiu a necessidade de esclarecimento acerca da incidência do IOF sobre operações de crédito (IOF/Crédito) nas referidas operações de cessão, o que justificou a formulação de consulta, em 9 de junho de 2010, à Superintendência da 9ª Região Fiscal da Receita Federal do Brasil, alegando posteriormente o recorrente ter a solução de consulta ali exarada contrariado diversas outras manifestações de outras Superintendências Regionais, concluindo no sentido de que o entendimento ali expresso não pode prosperar, pelo fato de não se confundir a operação de cessão de crédito com coobrigação com a operação de desconto bancário.

5. Sobre a matéria, citou dispositivos do Código Tributário Nacional (CTN), mais especificamente o § 1º do art. 108, o art. 109 e o art. 110, pelos quais se estabelece que os princípios gerais do direito privado devem ser utilizados para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários; bem como que a legislação tributária não pode alterar a definição, conteúdo e amplitude de institutos de direito privado, para fins arrecadatórios. Faz referência, ainda, ao princípio da estrita legalidade como base normativa dos dispositivos citados, sendo que, em virtude do princípio supramencionado, operações que tenham naturezas diversas devem sujeitar-se ao regime tributário compatível com sua natureza, trazendo ainda aos autos um conjunto de Decisões Administrativas que referendam tal argumentação.

6. Passa, então, a discorrer acerca das diferenças entre a operação de cessão de crédito e a operação de desconto bancário, estabelecendo, com base em lição doutrinária, ser a cessão de créditos operação equiparada à operação de “compra e venda”, consistindo em instituto através do qual o credor (cedente), cede a terceiro (cessionário), de forma gratuita ou onerosa, créditos (e suas garantias) detidos contra determinado devedor, sem alteração no conteúdo ou na forma das obrigações principais e acessórias do débito original. Assim, a contraprestação contratual (no caso de cessão onerosa) possuiria a natureza jurídica de “preço”. Estabelece também que na cessão ocorre tão somente uma substituição no polo ativo da relação jurídica, ressaltando, ainda, a possibilidade de qualquer pessoa juridicamente capaz figurar como cedente.

7. A seguir, estabelece a distinção entre os institutos da cessão de créditos sem coobrigação e cessão de créditos com coobrigação, a qual consiste, na forma alegada, no fato do segundo tipo de cessão mencionada (cessão de créditos com coobrigação) estabelecer responsabilidade adicional assumida pelo cedente, a saber, no caso oneroso, o pagamento ao cessionário no caso do inadimplemento do devedor pós-cessão, limitado à contraprestação

(“preço”) mais juros e despesa da cessão, além da garantia de existência do crédito (esta última comum aos dois tipos de cessão).

8. Com relação à operação de desconto bancário, traz conceito doutrinário que a define como “operação de crédito pela qual o banco, na figura de descontário (necessariamente uma instituição financeira), mediante a transferência da propriedade de créditos de determinado cliente (“sacador”) contra determinado devedor (“sacado”), adianta a este cliente, a título de empréstimo, uma importância líquida, deduzido do adiantamento o valor que o banco auferir na operação, equiparando-se assim o valor pago na operação a adiantamento e a remuneração a juros”.

9. Destaca, ainda, a necessidade do caráter *pro solvendo* existente no desconto de títulos, respondendo o cliente, ainda, pela solvência do devedor originário, quanto ao valor nominal dos títulos descontados juntamente com eventuais acessórios, permanecendo assim vinculado à operação. Estabelece também, através de lições doutrinárias, a equiparação entre a natureza jurídica do contrato de desconto bancário e o contrato de mútuo, uma vez que o referido desconto pode ser visto como modalidade de operação de mútuo, ou, alternativamente, como um contrato misto de mútuo e dação em pagamento.

10. Por fim, a partir das considerações dispostas nos itens 8 e 9, conclui que as “operações de cessão de crédito” e “desconto bancário” são distintas, apesar de poder, eventualmente, haver no desconto bancário uma operação de cessão de créditos como forma de transmissão de créditos. Todavia, conforme alegações do contribuinte, uma não se confundiria com a outra.

11. A seguir, cita a fixação da competência tributária relativa ao IOF na Constituição Federal, a instituição do seu fato gerador no CTN e a Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, que teria instituído o IOF/Crédito para incidir sobre operações de crédito realizadas por instituições financeiras, o que abrangeria as operações de empréstimo, abertura de crédito e desconto de títulos.

12. O art. 58 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro 1997, e o art. 13 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, teriam, posteriormente, criado duas novas hipóteses de incidência do IOF/Crédito: a primeira relativa à alienação de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo à empresa que exercer as atividades de *factoring*; a segunda relativa às operações de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física.

13. Afirma então o recorrente que o IOF/Crédito incide sobre transações necessariamente classificadas como operações de crédito; contudo, nem toda operação de crédito estaria sujeita à incidência desse tributo, eis que haveria uma relação exaustiva das operações sujeitas a essa tributação.

14. Em vista disso, entende o recorrente que não é possível caracterizar as operações de cessão de crédito por ele realizadas como sujeitas à incidência do IOF/Crédito, uma vez que praticadas por instituições financeiras, e, para estas, apenas os “empréstimos de qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito e desconto de título”, configurariam hipótese de incidência. Assim também como seria indubitável que a consulente não se caracteriza como empresa de *factoring*, não haveria que se falar em subsunção da operação de cessão de crédito com coobrigação por ela realizada à hipótese de incidência de IOF/Crédito instituída pelo art. 58 da Lei nº 9.532, de 1997.

15. Argumenta que, quando o legislador pretendeu equiparar as operações de cessão de crédito às operações de crédito tributadas pelo IOF/Crédito, o fez de forma expressa, identificando a que tipo de operação se reportava – realizadas por empresas de *factoring*. Nesse caso, seria vedado ao intérprete aplicar a analogia para estender a aplicação da norma a situações nela não compreendidas. No caso específico das *factorings*, entende que o critério material da regra matriz de incidência é a realização de operação de cessão (modalidade de alienação) de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo com e sem coobrigação com as referidas empresas, estando assim tributadas quaisquer cessões de crédito cujas cessionárias sejam empresas que exercerem as atividades de fatorização, vedada a aplicação de analogia a outra operação que não se identifique por completo à hipótese de incidência tributária traçada pelo legislador.

16. Pleiteia, assim, que o recurso seja conhecido e provido, a fim de que seja uniformizado o entendimento de que as operações de cessão de crédito com coobrigação realizadas pelo recorrente não se sujeitam à hipótese de incidência do IOF/Crédito, nos termos prescritos no art. 3º do Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007.

17. Passa-se a discorrer agora acerca do teor das consultas administrativas divergentes motivadoras do presente recurso.

Solução de Consulta nº 76 – SRRF04/DISIT

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF.

Por falta de previsão legal, o IOF não incide nas operações de crédito relativas à alienação, para instituição financeira, de que trata o art. 17 da Lei nº 4.595/64, de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo. Por outro lado, na hipótese de o cessionário exercer atividade de “factoring”, nos termos da alínea “d” do inciso III do § 1º do art. 15 da Lei nº 9.249/95, haverá a incidência do tributo, devendo esse adquirente cobrá-lo e recolhê-lo.

Dispositivos legais: Art. 58 da Lei nº 9.532/97; arts. 2º, I, e 3º, § 3º, II, do Decreto nº 6.306, de 2007 (RIOF).

Solução de Consulta nº 35 – SRRF05/DISIT

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS - IOF.

DIREITOS CREDITÓRIOS. AQUISIÇÃO. INCIDÊNCIA.

Não incide o IOF nas operações de crédito relativas às cessões de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo, quando o cessionário for instituição financeira. O imposto somente incidirá quando o cessionário for empresa que executa atividade de factoring.

Dispositivos legais: Lei n.º 4.595, de 1964, art.17; Lei n.º 9.249, de 1995, art.15, §1º, inciso III, alínea d; Lei n.º 9.532, de 1997, art.58; Decreto n.º 6.306, de 2007 - RIOF/07, art.2º, inciso I, alínea b, art.3º, §3º, inciso II, art.4º e art.5º; IN RFB n.º 907, de 2009, art. 6º; e Resolução n.º 2.144, de 1995, do CMN.

Solução de Consulta n.º 19 – SRRF01/DISIT

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS – IOF.

DIREITOS CREDITÓRIOS. AQUISIÇÃO. INCIDÊNCIA.

Não incide o IOF nas operações de crédito relativas à alienação de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo, quando o cessionário for instituição financeira, por falta de previsão legal.

Dispositivos legais: Lei n.º 4.595, de 1964, art.17; Lei n.º 9.249, de 1995, art.15, §1º, inciso III, alínea d; Lei n.º 9.532, de 1997, art.58; Decreto n.º 6.306, de 2007 - RIOF/07; e Resolução n.º 2.144, de 1995, do CMN.

18. Em breve síntese, as consultas supra reproduzidas concluem no sentido de que a legislação, ao mencionar, quando do estabelecimento da hipótese de incidência que abrange a cessão de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo, exclusivamente as empresas que exerçam atividades de *factoring* como adquirentes (cessionárias), faz com que não haja previsão legal para a cobrança do IOF quando instituições financeiras (e não *factorings*) figurem como cessionários, vedada a aplicação da analogia para fins de caracterização da hipótese de incidência.

19. Este, porém, não foi o entendimento esposado pela Divisão de Tributação da 9ª Região Fiscal (Disit09) no âmbito da Solução de Consulta SRRF09/n.º 283, exarada no âmbito do presente processo. Inicialmente, entendeu aquela Disit09 que, uma vez operando cláusula *pro soluto* quando da realização da operação de cessão de créditos sem coobrigação na qual figure instituição financeira na qualidade de cessionária, não há como se defender a existência de desconto, descartando-se, assim, a ocorrência de operação de crédito na situação. Assim, não há que se falar, no caso de cessão de direitos creditórios sem cláusula de coobrigação, em aplicação da hipótese de incidência do IOF prevista no inciso I, alínea “b” do art. 2º do Decreto n.º 6.306, de 2007. Aqui, não há qualquer divergência a ser analisada por esta Coordenação-Geral, visto estar o entendimento alinhado com as Soluções de Consulta SRRF04/ n.º 76, de 22 de dezembro de 2008, SRRF05/ n.º 35, de 22 de setembro de 2009 e SRRF01/ n.º 19, de 30 de julho de 2008.

20. Todavia, também entendeu a mesma Disit09 que, na operação de cessão de direitos creditórios para instituição financeira realizada com cláusula de coobrigação, resta caracterizada a natureza de desconto (modalidade de empréstimo) para a operação, estando, assim, tal hipótese sujeita à incidência do IOF na operação de crédito:

Solução de Consulta n.º 283 – SRRF09/DISIT

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGUROS OU RELATIVAS A TÍTULOS OU VALORES MOBILIÁRIOS – IOF. CESSÃO DE CRÉDITO. INCIDÊNCIA.

A operação de cessão de direitos creditórios para instituição financeira, com cláusula de coobrigação, caracteriza desconto, e está sujeita à incidência do IOF/Crédito; por outro lado, a cessão de direitos creditórios para instituição financeira, sem coobrigação, não constitui operação de crédito para fins de incidência desse tributo.

Dispositivos legais: Decreto n.º 6.303, de 2007, arts. 2º e 3º.

21. Assinalou-se, desta maneira, por meio da Solução de Consulta SRRF09/ n.º 283, posição divergente em relação ao entendimento emanado das Soluções de Consulta anteriormente reproduzidas.

22. Note-se que o cerne da questão geradora da divergência diz respeito a se decidir pela subsunção ou não da operação de cessão de créditos com coobrigação à hipótese de incidência prevista na alínea “a” do inciso I do caput do art. 2º do Decreto n.º 6.306, de 2007, quando combinado com o inciso I do § 3º do art. 3º do mesmo Decreto, mais especificamente no que diz respeito à existência ou não de desconto na hipótese de cessão de crédito com coobrigação tendo instituição financeira como cessionária, conforme hipótese aventada pela Disit09 na Solução de Consulta SRRF09/ n.º 283.

Fundamentos

23. Reproduzem-se abaixo os dispositivos de interesse necessários ao deslinde do caso sob análise.

Decreto n.º 6.306, de 14 de dezembro de 2007 – Regulamento do IOF

TÍTULO I

DA INCIDÊNCIA

Art. 2º O IOF incide sobre:

I - operações de crédito realizadas:

a) por instituições financeiras (Lei n.º 5.143, de 20 de outubro de 1966, art. 1º);

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 n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 15, § 1º, inciso III, alínea "d", e Lei n.º 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);

(...)

TÍTULO II

DA INCIDÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO

CAPÍTULO I

DO FATO GERADOR

Art. 3º O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado (Lei nº 5.172, de 1966, art. 63, inciso I).

(...)

§ 3º A expressão "operações de crédito" compreende as operações de:

I - empréstimo sob qualquer modalidade, inclusive abertura de crédito e desconto de títulos (Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980, art. 1º, inciso I);

II - alienação, à empresa que exercer as atividades de factoring, de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo (Lei nº 9.532, de 1997, art. 58);

III - mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (Lei nº 9.779, de 1999, art. 13).

24. Como muito bem salientado na Solução de Consulta SRRF09 nº 283, não é suficiente para a definição da ocorrência ou não do fato gerador do IOF/Crédito afirmar que houve uma cessão de crédito, sendo de fundamental importância verificar se tal cessão ocorre no âmbito de uma operação caracterizada como “de crédito”, entendida esta como a operação mediante a qual alguém efetua obrigação presente contra a promessa de uma prestação futura, havendo interregno de tempo entre o termo inicial e o termo final da operação.

25. A expressão “operações” tem o sentido de “negócios jurídicos”, em que ao menos duas partes estão presentes em polos opostos – no caso das operações de crédito, há alguém que o concede e alguém que o toma. Crédito, por sua vez, pode ser definido como uma “troca diferida no tempo”, como nos ensina Bomfim Viana¹.

26. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 232.467-5 (relator Ministro Ilmar Galvão, 29 de setembro de 1999), utilizou-se das lições de J. X. Carvalho de Mendonça para estabelecer que uma operação, para ser considerada como de crédito, deve consistir em um negócio jurídico caracterizado pela presença de uma prestação atual, tendo por contrapartida uma prestação futura.

¹ VIANA, Bomfim. Desconto Bancário. 3ª ed. corrigida. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 17.

27. Uma operação de crédito, portanto, é um negócio jurídico em que uma parte efetua uma prestação presente, que deverá ser ressarcida pela outra parte em uma data mais adiante no tempo (esta, a contraprestação futura). O que nos interessa são as operações em que a parte que efetua a prestação é uma instituição financeira, e que sejam caracterizadas como empréstimo, pois assim estabeleceu a legislação de regência do IOF/Crédito de que ora estamos tratando.

28. O Código Civil trata do empréstimo na Parte Especial, Livro I – Do Direito das Obrigações, Título VI – Das Várias Espécies de Contrato, Capítulo VI – Do Empréstimo (artigos 579 a 592). Comodato e mútuo são as espécies do gênero empréstimo no Código Civil, sendo comodato o empréstimo de coisa infungível, e mútuo, de coisa fungível (em que o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade). No caso, interessa-nos o mútuo, especialmente aquele destinado a fins econômicos ou oneroso (com cobrança de juros), e tendo como objeto o dinheiro, uma vez que esta é a atividade típica das instituições financeiras, conforme leciona Bruno Miragem²:

Tratando-se de empréstimo em dinheiro, que é a atividade típica da instituição financeira, está-se diante de contrato de mútuo, que, conforme bem se sabe, é contrato típico, nos termos dos arts. 586 e seguintes do Código Civil, envolvendo o empréstimo de coisas fungíveis.

29. Tendo em mente o que antes foi exposto, não há dúvida de que o desconto bancário é uma operação de crédito, por meio da qual o banco adianta ao cliente determinada quantia que este titulariza perante terceiro e que só receberia em data futura. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho³:

O desconto bancário é o contrato em que o banco (descontador) antecipa ao cliente (descontário) o valor do crédito que este titulariza perante terceiro, em geral não vencido, e o recebe em cessão. O banco, ao pagar pelo crédito descontado, deduz do seu valor a importância relativa a despesas e juros correspondentes ao lapso temporal entre a data da antecipação e a do vencimento. O interesse do banco no negócio de desconto de títulos decorre exatamente dessa dedução: se ele antecipasse ao cliente valor igual ao que recebe no vencimento da obrigação, não teria ganho nenhum, a operação não teria sentido econômico.

30. Apesar de ainda haver acirrada controvérsia na doutrina quanto à natureza jurídica do desconto bancário, boa parte dos estudiosos entende que está presente aí um mútuo, ainda que coligado com outras figuras, como a dação em pagamento, como é o caso de Sérgio Carlos Covello⁴:

O desconto, na verdade, é uma criação da prática, sem preocupações jurídicas. Como todo contrato bancário, torna-se difícil de ser enquadrado nesta ou naquela figura contratual clássica do direito comercial ou do

² MIRAGEM, Bruno. Contratos Bancários. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de Direito Comercial. Vol. 8. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 206.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. 3, p. 140.

⁴ COVELLO, Sérgio Carlos. Contratos Bancários. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Universitária de Direito, 2001, p. 249-250.

direito civil. Ele, de fato, possui uma peculiaridade e, embora apresente feições jurídicas de outros tipos de contrato, não se compagina com nenhum deles, revelando-se, antes, contrato completamente novo, distinto de qualquer outro negócio jurídico. Senão vejamos:

Sob o aspecto econômico, o desconto guarda certa identidade com o mútuo, porque o Banco antecipa a importância de um crédito ainda não vencido. O descontado, por sua vez, obriga-se a restituir essa importância caso o terceiro devedor não cumpra sua obrigação.

Por outro lado, o crédito dado ao Banco tem a função de pagamento pro solvendo da quantia antecipada.

Assim, se não quisermos cair na teoria do contrato sui generis, é forçoso conceituarmos o desconto como contrato misto de mútuo e dação em pagamento.

31. O vínculo existente entre a prestação atual do descontador e a contraprestação futura do descontário é justamente o dever deste último de, no caso de inadimplência do devedor original (sacado), satisfazer o crédito perante o primeiro. É, portanto, da essência do desconto a coobrigação do cedente do crédito (cláusula *pro solvendo*), o que estabelece o vínculo futuro entre as duas partes e o caracteriza como operação de crédito.

32. Por seu turno, a cessão de crédito, ou cessão civil de crédito, regulada pelo Código Civil (artigos 286 a 298), é o negócio jurídico por meio do qual o credor (cedente) transfere sua posição na relação jurídica obrigacional a um terceiro (cessionário).

33. Pode se dar a cessão sem ou com coobrigação do cedente. No primeiro caso, que é o que acontece normalmente nas operações realizadas por empresas de *factoring* (fomento mercantil), os documentos de crédito são transferidos com a cláusula *pro soluto*. Com efeito, nisso reside a diferença entre a cessão de direitos creditórios característica da operação de *factoring* e a operação de desconto bancário, que, como vimos, sempre terá o descontário como coobrigado. Nesse sentido, é a lição de Fábio Ulhoa Coelho⁵:

O contrato bancário assemelhado ao fomento mercantil é, sem dúvida, o desconto. A principal diferença está no direito de regresso, na hipótese de inadimplimento pelo terceiro devedor, que não existe na faturização, mas está presente no desconto. De fato, enquanto a faturizadora garante o recebimento do valor faturizado, mesmo que inadimplente ou insolvente o devedor, o banco descontador não fornece essa garantia. Se, no vencimento, o devedor (consumidor ou adquirente) não realiza o pagamento, o banco pode cobrar o devido, em regresso, do cliente descontário, mas a faturizadora não tem nenhum direito contra o faturizado.

34. Uma cessão de crédito sem coobrigação, portanto, não estabelece aquele vínculo de que falamos anteriormente, aperfeiçoando-se como uma compra e venda do crédito no momento mesmo em que é realizada, nada restando ao cedente como obrigação

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. 3, p. 147.

perante o cessionário, a não ser a sua responsabilidade pela própria existência do crédito. Sendo a cessão realizada com coobrigação, no entanto, temos, a princípio, essencialmente a mesma situação do desconto.

35. Evidentemente, o intuito de conceder crédito deve estar presente na cessão de direito creditório com coobrigação para que se possa cogitar na incidência do IOF/Crédito, uma vez que a cessão, ainda que com coobrigação, pode ser eventualmente utilizada para outros fins. De todo modo, sendo um banco o cessionário, dificilmente vislumbram-se motivos outros que a concessão de crédito neste tipo de operação.

36. O recorrente afirma que os contratos de cessão de créditos têm como objeto duplicatas, notas promissórias, contratos e recebíveis em geral, ou seja, não se trata apenas de títulos de crédito, o que poderia, num primeiro momento, levar-nos a entender que aí estaria outra diferença em relação ao desconto, em que usualmente o direito creditório está incorporado a título de crédito.

37. Trata-se, no entanto, de uma apenas aparente distinção, já que também o desconto bancário pode ser realizado com crédito não constante de título. Novamente recorremos a Fábio Ulhoa Coelho⁶, quando pondera que o crédito descontado não necessariamente deve estar incorporado a título de crédito, ainda que esta seja a forma mais comum da operação, pelas vantagens que o título apresenta em termos da recuperabilidade do crédito:

O desconto pode ter por objeto a antecipação de crédito constante de qualquer instrumento jurídico, observadas as limitações do regulamento administrativo do Banco Central. Normalmente, contudo, os bancos descontam apenas os documentos bancáveis, ou seja, duplicata, nota promissória e cheque pré-datado, porque os títulos de crédito prestam-se eficientemente ao desconto bancário. Como examinado antes, o direito cambiário garante os credores de cambiais contra eventuais exceções, oponíveis pelos devedores ao titular originário do crédito, barreira inexistente na cessão civil (Cap. 10). O título de crédito, em razão do regime jurídico correspondente (direito cambiário), favorece a circulação do crédito nele documentado. A instituição financeira, ao descontar duplicata mercantil, está tutelada em seus interesses pelos princípios do direito cambiário, isto é, pela cartularidade, literalidade e autonomia das obrigações constantes do título. Assim, dispõe-se a descontar mais facilmente o crédito representado num título de crédito do que o decorrente de outro documento jurídico (contrato administrativo ou sentença judicial, p. ex.).

38. No mesmo sentido Nelson Abrão⁷:

Operação bancária ativa típica, o desconto, num sentido lato, pode ser conceituado, com base no art. 1.858 do Código Civil italiano, como sendo 'o contrato pelo qual o banco, com prévia dedução do juro, antecipa ao

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. 3, p. 140.

⁷ ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 159.

cliente a importância de um crédito para com terceiro, ainda não vencido, mediante a cessão do próprio crédito.

Parte tal conceituação do pressuposto de que todo e qualquer crédito possa ser cedido em troca do adiantamento pecuniário que o banco faz ao cliente. A prática bancária revela, contudo, que o desconto é feito contra títulos de crédito, representando soma líquida e certa, portanto de fácil recuperação pelo banco:(...).

39. Uma outra diferença destacada pelo recorrente diz respeito ao fato de, na cessão de crédito, a contraprestação contratual possuir a natureza jurídica de “preço”, e, sendo a cessão com coobrigação, o cedente ficar obrigado a assegurar ao cessionário, no caso de inadimplemento do devedor original, este preço mais juros e despesas da cessão, enquanto que no desconto o cliente responde pelo valor nominal dos títulos descontados juntamente com eventuais acessórios.

40. Caso a cessão ocorra sem coobrigação, certamente o deságio aplicado ao valor nominal do crédito para cálculo do preço levará em conta o fato de o cessionário estar adquirindo, juntamente com o crédito, o risco a ele associado, do devedor original, e por isso o preço será menor do que apenas o desconto de juros remuneratórios normais de uma operação de desconto.

41. Eventualmente em uma cessão com coobrigação isto também pode ocorrer. No entanto, se a cessão com coobrigação é utilizada para conceder crédito, a operação certamente será realizada por preço e em condições tais que o deságio equivalerá a juros aplicados sobre o valor do crédito, juros estes que seriam cobrados em um empréstimo para aquele cliente, da mesma forma como ocorre no desconto. Isto fica claro no próprio arrazoado do recorrente, que afirma ser o preço calculado com base no valor do crédito cedido sobre o qual é aplicada uma “taxa de aquisição” pelo prazo a decorrer até o seu vencimento.

42. Também a coobrigação se dará em montante suficiente para que o cessionário recupere o valor nominal do crédito objeto da cessão cumulado com os encargos decorrentes do atraso, ou seja, o preço mais despesas de cessão será equivalente ao valor nominal do crédito, aos quais se acrescentam encargos decorrentes da mora. A diferença destacada pelo recorrente, portanto, apenas se manifesta como uma distinção formal (e legal) entre os contratos de cessão e de desconto, mas não substancial, quando a cessão com coobrigação é utilizada para conceder crédito.

43. De todo o exposto, podemos afirmar que uma cessão de crédito com coobrigação do cedente nada mais é que um desconto bancário (que, como vimos, é modalidade de empréstimo), caso o cessionário seja instituição financeira e a intenção seja a de conceder crédito.

44. Sobre o assunto tratado nesta Solução de Divergência e com a mesma orientação aqui adotada manifestou-se a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no Parecer PGFN/CAT n.º 472/2016, de 6 de abril de 2016, cuja ementa tem o seguinte teor:

DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO. CESSÃO DE CRÉDITO COM CLÁUSULA DE COBRIGAÇÃO REALIZADA POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

I - O desconto bancário e a cessão de crédito não se confundem. Este traduz uma forma particular de concessão de crédito pela qual o banco (descontador), deduzindo previamente as despesas e os juros pactuados, antecipa ao cliente (descontário) o valor de um crédito vincendo que este titulariza perante terceiro, e o recebe mediante transferência pro solvendo, isto é, com efeito liberatório subordinado à condição de pagamento. Aquela, por sua vez, consiste um negócio jurídico de transferência de crédito - que pode ser avençada em caráter meramente especulativo ou se prestar à realização de negócios múltiplos, sem significado e conteúdo predeterminados - por meio da qual o credor (cedente), independentemente do consentimento do devedor (cedido), transfere, no todo ou em parte, sua posição na relação jurídica obrigacional a outrem (cessionário), que recebe os direitos respectivos juntamente com todos os seus acessórios, salvo disposição em contrário.

II - Apesar de o desconto não se resumir à cessão de crédito (eis que pode, eventualmente, envolver um endosso), esta pode estar embutida naquele, quando o crédito a ser descontado estiver instrumentalizado em um título gravado com a cláusula não à ordem; representado por outras espécies de documentos, como contratos; ou não estiver incorporado a documento algum.

III - Sem embargo, é possível que um contrato bancário nominado de cessão de crédito com cláusula de coobrigação ou cessão de crédito "pro solvendo" configure, na realidade, uma operação de desconto bancário, com todas as consequências daí advindas, inclusive tributárias, desde que a análise do caso concreto, com o cotejo do contrato firmado com a operação bancária efetivamente ocorrida no mundo fenomênico, revele que a cessão de crédito constitui elemento integrante de uma operação bancária especificamente voltada à concessão de um novo crédito, servindo a transferência creditória tão somente como garantia de reembolso do banco (cessionário) pela importância antecipada ao cliente (cedente). Para tanto, devem estar cumulativamente reunidos os seguintes elementos: (i) Presença de uma instituição financeira na dupla condição de (i.i) fornecedora dos recursos necessários para antecipação ao cliente da importância de um crédito vincendo que titulariza perante terceiro; e (i.ii) cessionária desse crédito cujo valor é antecipado; (ii) efetiva antecipação, pela instituição financeira, do valor de um crédito vincendo que o cliente titulariza perante terceiro, com dedução prévia de encargos que constituem o lucro do banco (comissões, juros e outras despesas); e (iii) transferência do crédito cujo valor foi antecipado ao banco, por meio de uma cessão de crédito pro solvendo, de sorte que, chegada a época do vencimento sem que o crédito tenha sido pago pelo terceiro devedor principal, a instituição financeira tenha o direito de pleitear a cobrança junto ao cliente, que, salvo estipulação em contrário, responderá, ainda, pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado, conforme preconiza o art. 395 do Código Civil.

IV – São ineficazes, no âmbito tributário, os contratos de cessão de crédito com cláusula de coobrigação (cessão de crédito pro solvendo) dirigidos, por meio artificioso e com abuso de forma jurídica, à eliminação do Imposto sobre Operações de Crédito que seria devido em razão de negócio jurídico de idêntico fim econômico, qual seja, o desconto bancário, devendo ser efetuada a tributação de acordo com as normas aplicáveis.

45. Conclui-se, portanto, que, para que uma cessão de direitos creditórios se equipare a um desconto bancário, para fins de incidência do IOF/Crédito, devem estar presentes os seguintes requisitos:

- a) a cessão do direito creditório constitui elemento integrante de uma operação voltada à concessão de crédito ao cliente (cedente);
- b) a cessionária do direito creditório é uma instituição financeira; e
- c) a transferência do direito creditório é realizada por meio de uma cessão de crédito com coobrigação do cedente.

46. Ressalte-se, por fim, que a ausência de cláusula expressa de coobrigação no contrato de cessão de crédito não impede a sua caracterização como desconto bancário, desde que o arranjo jurídico e negocial estabelecido entre as partes permita afirmar que o cedente, de fato, responderá ao final pela eventual inadimplência do sacado/devedor original.

Conclusão

47. A operação de cessão de direitos creditórios na qual figure instituição financeira na qualidade de cessionária sujeita-se à incidência do IOF sobre operações de crédito, estejam ou não os créditos cedidos corporificados em títulos de crédito, sempre que a operação seja realizada com o intuito de fornecer crédito ao cedente.

48. Para tanto, deve estar presente no contrato de cessão de crédito cláusula de coobrigação, ou, ausente tal cláusula de maneira expressa, o arranjo jurídico e negocial estabelecido entre as partes ter sido configurado de tal forma que o cedente responda, ao final, pela eventual inadimplência do sacado/devedor original.

49. Soluciona-se assim a divergência, ratificando-se o entendimento esposado pela Solução de Consulta SRRF09/Disit n.º 283 de 2010, da SRRF09/Disit, com os esclarecimentos adicionais introduzidos por esta Solução de Divergência, reformando-se a Solução de Divergência n.º 16 – Cosit, de 2011, e as Soluções de Consulta n.º 76, de 2008, da SRRF04/Disit, n.º 35, de 2009, da SRRF05/Disit, e n.º 19, de 2008, da SRRF01/Disit.

À consideração superior.

Assinado digitalmente
MÁRCIO ANGELIM OVIDIO SILVA
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

Assinado digitalmente
DIEGO WAGNER GARCIA VIALE
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

De acordo. Encaminhe-se à Coordenação de Tributos Sobre a Renda, Patrimônio e Operações Financeiras - Cotir.

Assinado digitalmente
MARIA DA CONSOLAÇÃO SILVA
Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil
Chefe da Ditif

De acordo. Encaminhe-se à consideração do Coordenador-Geral de Tributação - Cosit.

Assinado digitalmente
CLAUDIA LUCIA PIMENTEL MARTINS DA SILVA
Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil
Coordenadora da Cotir

Ordem de Intimação

Aprovo a Solução de Divergência. Encaminhe-se o presente processo à Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 9ª Região Fiscal, para ciência ao interessado.

Assinado digitalmente
FERNANDO MOMBELLI
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil
Coordenador-Geral da Cosit