



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCAS ANDRADE DOS SANTOS

**TRIBUTAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE
INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO (IOF-CRÉDITO)
NA NOVAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

FORTALEZA

2016

LUCAS ANDRADE DOS SANTOS

TRIBUTAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE
INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO (IOF-CRÉDITO)
NA NOVAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito
Machado Segundo

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Federal do Ceará

Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- S236t Santos, Lucas Andrade dos.
Tributação na Recuperação Judicial : análise da possibilidade de incidência do imposto sobre operações de crédito (IOF-Crédito) na novação da recuperação judicial / Lucas Andrade dos Santos. – 2016.
104 f. : il.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.
Orientação: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.
1. Imposto sobre operações de crédito. 2. Novação. 3. Recuperação Judicial. I. Título.

CDD 340

LUCAS ANDRADE DOS SANTOS

TRIBUTAÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE
INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO (IOF-CRÉDITO)
NA NOVAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. M.Sc. Álisson José Maia Melo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

À minha família, com amor.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Edivaldo e Fátima, porque em toda palavra e a cada gesto, vocês acompanharão meus passos. Seus exemplos me fizeram conhecer virtudes que os livros só podem especular; e, se em algum momento de minha jornada houver algo de bom, justo ou belo, será uma consequência do seu amor, que em mim transborda. Que eu possa tornar-me digno desse presente. Ao meu irmão, Vítor, estarei contigo. Unidos, edificaremos nossos sonhos.

Aos membros da banca examinadora e ao meu orientador, professor Hugo Segundo, pela atenção e esforço em tornar este trabalho mais rigoroso.

Aos mestres, ser professor é transmitir o que se tem de mais valioso. Agradeço a todos que contribuíram para minha evolução pessoal e profissional, sobretudo estes, que merecem menção especial: Professor Reginaldo da Costa, por sua serenidade; professor Raul Nepomuceno, por sua gentileza; professores Hugo Segundo e Sérgio Rebouças, pelo exemplo profissional; professores Marcelo Guerra e Álisson Melo, pela referência intelectual; professora Tarin Mont'alverne e professor William Marques, pela dedicação.

Aos colegas do Banco do Nordeste, com quem muito aprendi e que me proporcionaram dias de alegria: Gabriela Fontenele, Tomaz Neto, Rogério Lima e Germando Machado, Isabela Nascimento, Valéria Lopes e Flavia Holanda.

Aos amigos, vocês são fonte de alegria e inspiração, agradeço pela amizade de cada um. É inviável (e por isso sou grato) mencionar todos que estimo. Agradeço especialmente aos amigos que a vida me trouxe e o destino permitiu manter: Victor, Heitor e Renan Sisnando, Giselle Fonseca, Juliana Castelo Branco, Carolina Farias, Levi Albuquerque, João Lucas Fontenele, Charles Bernardino, José Gabriel, Victor Jucá, Nathan Lima; a todos os amigos do Paulo Freire, sobretudo Débora Ximenes, Beatriz Nunes, Pêssoa Davi, João Mateus Torres, M. M. Catarina, Diogo Portela, Marley Correia, Murillo Ribeiro, Gustavo Chaves e Pedro Henrique; aos amigos Mateus Barreto, Antônio Carlos Aragão, Davi e Daniel Rocha, Vitor Hugo Butrago, Iago Dias, Matheus Cestaro, Guilherme Tosolini, Thulio Mesquita, Ricardo Facundo e, postumamente, a Mardônio Freire Jr.; aos amigos Victor Teixeira, Mário Sérgio Leal, Ygor Aquino, Pedro Erick, Messias Marinho, Lucas Brendo, Rodrigo Cavalcante e Thiago do Vale Cavalcante.

“Continue a fazer-nos conhecer o que é verdadeiramente o céu, os planetas e todos os astros; como são distintos, uns dos outros, os infinitos mundos; como um espaço infinito não é impossível, mas necessário; como um tal efeito infinito se ajusta a uma causa infinita; qual é a verdadeira substância, matéria, ato e eficiente do todo; e como, pelos mesmos princípios e elementos, toda coisa sensível e composta é formada. Insista, até convencer, sobre o conhecimento do universo infinito. Destrua as superfícies côncavas e convexas que limitam dentro e fora, tantos elementos e céus. Ridicularize as diversas esferas móveis e as estrelas fixas. Quebre e deite abaixo, com o estrondo e o turbilhão de vivas razões, estas, que o vulgo cego considera as adamantinas muralhas do primeiro móvel e do último convexo. [...] Torne evidente que o movimento de todos provém da alma interior, a fim de que, com a luz de semelhante contemplação, a passos mais seguros, possamos proceder rumo ao conhecimento da natureza.”

BRUNO, Giordano. Sobre o Infinito, o Universo e os Mundos.

RESUMO

Enfrenta-se um problema específico de Direito Tributário: a possibilidade de incidência do IOF-Crédito sobre a novação do art. 59 da Lei de Recuperações e Falência, denominada pela jurisprudência de novação *sui generis* da recuperação judicial. Para tanto, utiliza-se o método analítico-dedutivo, estabelecendo premissas abstratas e gerais, das quais derivam-se as conclusões da pesquisa. A princípio, no âmbito da teoria geral do direito, define a estratégia institucionalista: arcabouço teórico e léxico, sobretudo conforme propugnada por John Searle e sistematizada por Marcelo Lima Guerra como recurso epistemológico e metodológico para investigar a natureza dos institutos jurídicos; especificamente o instituto da novação. Define também a teoria da regra-matriz de incidência, utilizada para explicitar os aspectos necessários e suficientes da incidência de um tributo; especificamente, o IOF-Crédito. Volta-se então aos critérios específicos da regra-matriz do IOF-Crédito, de modo a firmar, tão precisamente quanto possível, o sentido da expressão “operações de crédito”; consolida, dessa forma, as premissas que consubstanciam a hipótese de incidência do tributo examinado. Investiga, outrossim, a natureza jurídica do instituto da novação criticamente, à luz de dois problemas: “problema do essencialismo jurídico” e “problema da ambiguidade típica dos fatos institucionais”, apresentados pela estratégia institucionalista. Conclui-se que o termo “novação” é ambíguo e apresentam-se no direito positivo três sentidos possíveis; conclui-se especificamente que a “novação *sui generis* da recuperação judicial” é na verdade um efeito da aprovação do plano de recuperação judicial. Examina-se, portanto, a natureza jurídica do instituto da recuperação judicial, de modo a aferir se esse fato pode se sujeitar à incidência do IOF-Crédito. Define-se também o critério de confronto entre a hipótese e o fato analisado, com base nos princípios da determinabilidade fática, função extrafiscal do IOF-Crédito e princípio da capacidade contributiva em sua dimensão objetiva. Conclui-se, por fim, que o IOF-Crédito não pode incidir sobre a aprovação do plano de recuperação judicial (tampouco sobre a novação, que é mero efeito desse fato).

Palavras-chave: Imposto sobre operações de crédito. Novação. Recuperação Judicial.

ABSTRACT

This paper intends to face a specific problem of Tax Law: the possibility of incidence of IOF-Credit on the novation of the article 59 of the Law on Bankruptcy, named by jurisprudence as *sui generis* novation of bankruptcy reorganization. For that, an analytic-deductive method is used, establishing abstract and general premises, from which the conclusions of the research are derived. At first, within the general theory of law, defines the institutionalist strategy: theoretical framework and lexicon, especially as advocated by John Searle and systematized by Marcelo Lima Guerra as an epistemological and methodological resource to investigate the nature of legal institutes; specifically the institute of novation. It also defines the theory of the matrix rule of incidence, used to explain the necessary and sufficient aspects of the incidence of a tribute; specifically the IOF-Credit. It then reverts to the specific criteria of the IOF-Credit rule, in order to establish as precisely as possible the meaning of the term "credit operations"; consolidates, therefore, the premises that substantiate the hypothesis of incidence of the tax examined. It also investigates the legal nature of the institute of novation critically, in the light of two problems: "problem of legal essentialism" and "problem of the typical ambiguity of institutional facts", presented by the institutionalist strategy. It concludes that the term "novation" is ambiguous and presents in positive law three possible meanings; specifically concludes that the *sui generis* novation of bankruptcy reorganization is indeed an effect of the approval of the reorganizational plan. It examines, therefore, the legal nature of the bankruptcy reorganization institute, in order to assess whether this fact may be subject to the incidence of IOF-Crédito. It also defines the criteria of confrontation between the hypothesis and the fact analyzed, based on the principles of typicity, extrafiscal function of the IOF-Credit and ability-to-pay principle in its objective dimension. It concludes, finally, that the IOF-Credit can not be charged on the approval of the reorganizational plan (nor on the novation, which is a mere effect of this fact).

Keywords: Tax on credit operations. Novation. Bankruptcy Reorganization.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

- | | | |
|--------------|---|----|
| Ilustração 1 | – Trecho do plano de recuperação judicial apresentado pelo Grupo Alta Paulista | 78 |
| Ilustração 2 | – Sumário do plano de recuperação judicial apresentado pelo Grupo Alta Paulista | 79 |

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Panorama da legislação tributária (leis ordinárias) sobre IOF

46

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
C.	Conclusão
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CTN	Código Tributário Nacional
ICM	Imposto sobre circulação de mercadoria
IOF	Imposto sobre operações financeiras
LRE	Lei de Recuperação e Falência de Empresas
Min.	Ministro
P.	Premissa
PRJ	Plano de recuperação judicial
Q.	Questão
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
Rel.	Relator
RIOF	Regulamento do IOF
S.	Sentença
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
v.g.	<i>Verbi gratia</i>

LISTA DE SÍMBOLOS

- § Parágrafo
- % Porcentagem

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 PREMISSAS FUNDAMENTAIS.....	20
2.1 Formalização e níveis de linguagem	20
2.2 A Estratégia institucionalista	21
2.2.2 Fatos brutos e fatos institucionais	22
2.2.2.1 Objetos ontologicamente objetivos e ontologicamente subjetivos.....	23
2.2.2.2 Realidade social e instituições	24
2.2.3 O Direito como ordem normativa institucional.....	26
2.2.3.1 O “problema do essencialismo jurídico”	28
2.2.3.2 Para uma superação do “problema do essencialismo jurídico”	29
2.2.3.3 Premissa (P.1).....	30
2.2.4 Regras constitutivas de entidade e regras constitutivas de valor.....	31
2.2.4.1 Molduras sentenciais	31
2.2.4.2 Estrutura Lógica dos Fatos Institucionais	32
2.2.4.3 O “problema da ambiguidade típica dos fatos institucionais”	35
2.2.4.4 Premissa (P.1.1).....	36
2.3 A Regra-matriz de Incidência Tributária.....	36
2.3.2 Norma tributária em sentido estrito.....	36
2.3.3 Fato gerador, hipótese de incidência e fato jurídico tributário	37
2.3.4 Critérios da regra-matriz de incidência	39
2.3.4.1 Critério material, critério espacial e critério temporal.....	39
2.3.4.2 Critério quantitativo e critério pessoal	40
2.3.5 Premissa (P.2).....	40
2.4 Limitações Epistemológicas e Conclusões Preliminares.....	40

3 A REGRA-MATRIZ DO IOF-CRÉDITO E A NOVAÇÃO COMO HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA	45
3.1 A hipótese de incidência do IOF-Crédito	45
3.1.1 Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) e Terminologia.....	45
3.1.2 O IOF-Crédito no Sistema Tributário Brasileiro.....	46
3.1.3 A expressão “operações de crédito”	50
3.1.3.1 O conceito de “operação”	51
3.1.3.2 O conceito de “crédito”	52
3.1.4 Critério material do IOF-Crédito	53
3.1.5 Critério espacial do IOF-Crédito	56
3.1.6 Critério temporal do IOF-Crédito	56
3.1.7 Premissa (P.3).....	56
3.2 O Decreto nº 6.306/2007 e a novação como hipótese de incidência.....	57
3.3 Sobre a interpretação de institutos de direito privado	60
3.4 O instituto da novação – noção tradicional	62
3.4.1 Premissa (P.4).....	63
3.4.2 Hipótese da novação como operação de crédito	63
4 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO IOF-CRÉDITO SOBRE A NOVAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	64
4.1 A natureza jurídica da novação “sui generis” da recuperação judicial.....	64
4.1.1 Novação como um efeito da recuperação judicial	64
4.1.2 O termo “novação”	67
4.1.3 Conclusão (C.5)	71
4.2 Incidência do IOF-crédito sobre a aprovação do plano de recuperação judicial.....	74
4.2.1 Natureza jurídica do acordo de recuperação judicial.....	74
4.2.1.1 Premissa (P.6.1).....	76
4.2.2 Princípio da determinabilidade fática	76

4.2.2.1 Premissa (P.6.2)	78
4.2.3 O acordo de recuperação judicial é uma “operação de crédito”?	79
4.2.3.1 IOF-Crédito e função extrafiscal	83
4.2.3.2 Recuperação judicial e princípio da capacidade contributiva	84
4.2.3.3 Conclusão (C.6)	87
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	88

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a enfrentar um problema específico do Direito Tributário. Importa apresentá-lo, a princípio, diante do enunciado do art. 59 da Lei nº 11.101/05, a Lei de Falência e Recuperação Judicial:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.
§ 1º A decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584, inciso III, do *caput* da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.
§ 2º Contra a decisão que conceder a recuperação judicial caberá agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público.¹

Do artigo, destacamos o trecho “o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido”. Trata-se da novação da recuperação judicial, que intitula o trabalho. É sobre o referido dispositivo que se debruça esta empreitada acadêmica. O trabalho tem por propósito enfrentar o seguinte problema: é devido o tributo IOF-crédito cujo fato imponible é a novação da recuperação judicial, tal qual prevista no art. 59 da Lei nº 11.101/05?

Trata-se de questão de relevante aspecto prático, em razão de sua repercussão econômica e que não tem sido ignorada pelos agentes envolvidos, Fisco e contribuintes. Com efeito, a controvérsia já foi apreciada em sede de consulta fiscal formulada à Receita Federal do Brasil (vide Anexo A). Na ementa da consulta restou consignado que “incide o IOF nas operações de novação de dívidas realizadas no âmbito de processo de recuperação judicial, cabendo à instituição financeira credora a responsabilidade pela cobrança e recolhimento do imposto”².

Suficientemente delimitado o objeto, cumpre discorrer sobre a pesquisa que o apresenta, estabelecer seu modo, e sua extensão. O trabalho se limitará à validade jurídica da cobrança, eximindo-se, nesse momento, de seu aspecto econômico; não se cuida, contudo, de uma tese forense. A análise é balizada por uma atitude científica – portanto, crítica e reflexiva – que deve abordar as questões subjacentes ao problema central. Significa dizer que não há uma pretensão de mera compilação doutrinária, ou de acumulação de excertos bibliográficos a respeito dos institutos em comento; ao contrário, adota-se uma postura crítica, diante do que está tradicionalmente estabelecido, à luz de dois problemas: a) o problema do

¹ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Lei de Falência e Recuperação Judicial**. Brasília.

² BRASIL. Coordenação-geral de Tributação da Receita Federal. Solução de Consulta nº 281. **D.O.U.** Brasília, 20 nov. 2014, seção 1, p. 32.

essencialismo jurídico; e b) o problema da ambiguidade típica dos fatos institucionais. Ambos oportunamente expostos na seção 2.

O comprometimento com o rigor metodológico é outra exigência da postura científica. Requer a formulação clara dos questionamentos suscitados, a justificação das premissas utilizadas e a demonstração das conclusões. Essa diretriz é determinada para o desenvolvimento do texto, em que convém apresentar, de logo, as questões propostas, sucessivamente, como condições necessárias para compreender o tema e angariar subsídios para a pergunta central. Ei-las:

(Q.1) O que é um instituto jurídico?

(Q.2) Em que circunstâncias será um tributo devido?

(Q.3) O que é uma operação de crédito financeira (ou: qual é a hipótese de incidência do IOF-crédito)?

(Q.4) O que é uma novação?

(Q.5) O que é a novação da recuperação judicial?

(Q.6) É possível cobrar IOF-Crédito sobre a aprovação do plano de recuperação judicial?

Desponta um fenômeno curioso sobre a produção do conhecimento. Por vezes, são as perguntas fundamentais (e primeiras) que nos impedem de formular um juízo mais rigoroso de nosso objeto, e costumam ser, demais, as questões mais abstratas e complexas. Por essa razão, prezaremos sobremaneira pela coerência argumentativa, dos fundamentos às conclusões partindo de um determinado referencial, qual seja: a estratégia institucionalista. Não há, portanto, intuito de alcançar um resultado semelhante ao que se tem sustentado tradicionalmente (esse é um atributo acidental), mas o mais rigoroso possível a partir desse referencial.

É esclarecedor apontar que uma argumentação a respeito da incidência, ou não, de um tributo – assim entendemos – deve ser desenvolvida não em planos paralelos, mas em linhas argumentativas que, se a princípio aparentam ser distintas (de seus pontos de partida), eventualmente, com o necessário aprofundamento, revelam-se convergentes (e há, nesse caso, correspondência entre a hipótese de incidência e o fato imponible), em que resulta o fato jurídico tributário; ou divergentes (inexistindo relação entre a hipótese abstratamente prevista e o fato imponible), sucedendo que não se trata de tributo devido.

Conscientes dessa multiplicidade de planos (a previsão abstrata da norma e seu objeto), será necessário abordar, além do estudo do IOF-Crédito, sob a

disciplina do Direito Tributário, temas específicos do Direito Civil e do Direito Empresarial: o instituto da novação, a novação da recuperação judicial e o plano de recuperação judicial.

A metodologia utilizada é o raciocínio dedutivo-analítico, por meio do desenvolvimento de premissas (P.) e dedução de conclusões (C.) mais específicas.

Por fim, apresenta-se a estrutura do trabalho.

A seção 2 tem caráter expositivo: pretende demonstrar os fundamentos lógico-formais que serão utilizados, estabelecendo premissas, e advertir a respeito de suas limitações epistemológicas. O objetivo dessa seção é estabelecer um arcabouço léxico, ou uma metalinguagem para os capítulos seguintes; por essa razão trata eminentemente de Teoria Geral do Direito.

A seção 3 tem um viés expositivo: pretende indicar, à luz da literatura específica, os critérios da regra-matriz de incidência do IOF-Crédito, isto é, em que circunstâncias deve incidir esse tributo, e quais são os elementos caracterizadores do instituto da novação. Estabelece, com isso, duas premissas para a conclusão do trabalho .

A seção 4 tem caráter expositivo e argumentativo: parte das premissas firmadas, para tentar demonstrar que, sob a ótica da estratégia institucionalista, a novação da recuperação judicial é um mero efeito da aprovação do plano de recuperação judicial, não se tratando, em princípio, de operação de crédito financeiro apta à incidência do IOF-Crédito; sem se considerar esgotada, contudo, (Q.6), que corresponde ao problema do trabalho. Assim, trata-se da hipótese de ser o próprio plano de recuperação judicial, e as negociações multilaterais que lhe são características, uma operação de crédito financeiro. Para tanto, são explorados os conceitos de plano de recuperação judicial, negócio jurídico multilateral, sob a perspectiva do Direito Empresarial, antecedentes à argumentação que dá desfecho à pesquisa e conclui pela impossibilidade de cobrança do IOF-Crédito sobre a aprovação do plano de recuperação judicial.

2 PREMISSAS FUNDAMENTAIS

2.1 Formalização e níveis de linguagem

Formalizar é descobrir “a estrutura constante, qualquer que seja a mutação do referido conteúdo”³. A formalização, aduz Lourival Vilanova, tem a virtude de desvelar a “forma lógica, e pôr em evidência que, muitas vezes, na diversidade morfológica (gramatical) reside identidade da mesma forma lógica, como na similitude morfológica da linguagem dissimula-se a diversidade de estruturas formais”⁴.

Na obra *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*, o Autor destaca que:

“Há uma forma jurídica. O lógico do Direito reside em suas estruturas formais: na proposição jurídica e no sistema de proposições jurídicas. As estruturas do Direito Positivo são estruturas que se revelam com a análise da linguagem do Direito. A Lógica vem a ser a formalização da linguagem, quer dizer, a separação das estruturas que estão encobertas pela matéria ou conteúdo das proposições (relações sociais, valores)”⁵.

Esse é nosso propósito inicial: apresentar uma estrutura lógica que se proponha a descrever os objetos da pesquisa, conforme as questões (Q.1) e (Q.2). Para tanto, importa desenvolvermos um arcabouço léxico e lógico-jurídico; uma metalinguagem para o restante do trabalho. O termo metalinguagem não é utilizado de modo incipiente, faz alusão aos níveis de linguagem, preconizados por Paulo de Barros Carvalho.

Há no Direito, aduz o Autor, quatro níveis de linguagem, estabelecidos ordenadamente de acordo com seu nível de formalização⁶: (L₁) denominada de Linguagem do Direito Positivo, o texto produzido pelo legislador, de ordem técnica; (L₂) Linguagem da Ciência do Direito, de ordem científica, que pretende descrever L₁; (L₃) Linguagem da Teoria Geral do Direito, de ordem científica, que pretende uniformizar e sistematizar L₂; e (L₄) Lógica Jurídica, puramente formal.

O sentido que empreenderemos no trabalho é inverso: de desformalização. Nesta seção, partiremos da estrutura lógica (e ontológica) do Direito, estabeleceremos duas premissas (P.1) e (P.2), no nível de linguagem da Teoria do Direito. Essas

³ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 44.

⁴ Ibidem, p. 57.

⁵ Ibidem, p. 20.

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35.

premissas serão utilizadas nas seções 3 e 4, que pretendem descrever e sistematizar o Direito Positivo e, portanto, serão desenvolvidos no nível da Ciência do Direito.

Fredie Didier Jr., adverte a respeito da falha de percepção que, por vezes, prejudica a qualidade do trabalho científico⁷: confundir questionamentos a respeito de problemas gerais (lógico-jurídicos), que são objeto da Teoria Geral do Direito (Tributário, neste caso) com problemas de direito positivo (a incidência do IOF na novação da recuperação judicial) prejudica a identificação rigorosa do objeto em análise.

A Ciência do Direito, argumenta Paulo de Barros Carvalho⁸, arroga a imprescindível função de sistematizar o texto legislativo bruto, conferindo-lhe coerência e uniformidade. Nesse processo, depara-se o jurista com as naturais limitações da linguagem; óbice que, confrontado com a complexidade do mundo dos fatos, demanda uma apresentação razoável de sentido a esses problemas. A dogmática traz consigo soluções necessárias. Dentre essas, cumpre à Ciência do Direito indicar as melhores ou mais arrazoadas.

Em suma, convém indicar a metalinguagem (lógico-formal) utilizada no desenvolvimento desse estudo de Ciência do Direito Tributário.

A seção, portanto, volta-se a dois questionamentos: (Q.1) o que é um instituto jurídico?; e (Q.2) em que circunstâncias será um tributo devido?

2.2 A Estratégia institucionalista

Cumpre apresentar breves noções de ontologia social e aspectos da teoria institucionalista de John Searle, na medida em que sejam úteis à formulação das premissas do trabalho, sobretudo conforme a sistematização empreendida por Marcelo Lima Guerra, em seu estudo “Fatos Institucionais e o NCPD: implicações ontológicas e epistemológicas”. Nessa ordem, o objetivo imediato é responder à seguinte pergunta:

(Q.2) O que é um instituto jurídico?

Convém, brevemente, antecipar a razão da propositura de tal questionamento. Como vimos, o propósito do trabalho é a analisar se é devido o IOF-Crédito cobrado sobre a novação da recuperação judicial. Assim, é necessário, para

⁷ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 37.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit., p. 32 e p. 245.

conhecer devidamente esse objeto, compreender o que é uma novação, e que tipos de significado é possível atribuir a esse termo, sobretudo para resolver o que chamaremos de “problema da ambiguidade típica do nome dos fatos institucionais”. Com esses subsídios, será também enfrentado o “problema do essencialismo jurídico”, útil à tomada de uma postura crítica em face dos conceitos sobre institutos jurídicos definidos pela doutrina.

Em suma, esta seção apresentará as ferramentas metodológicas para a posterior investigação do instituto da novação; enquanto a seção seguinte, sobre a teoria da regra-matriz de incidência tributária, o fará em relação à investigação da incidência do IOF-crédito.

2.2.2 Fatos brutos e fatos institucionais

A distinção entre fatos brutos e fatos institucionais deriva da tentativa de explicar o que constitui a realidade social que cotidianamente experimentamos em um mundo feito de matéria⁹; a esse campo de estudo tem se dado o nome de ontologia social¹⁰.

Assim, a teoria institucionalista desenvolvida por John Searle pretende contribuir com a compreensão da natureza de fenômenos sociais, como a organização de uma fila, um jogo de futebol, ou o Direito. Embora bastante abrangente, a estratégia institucionalista tem sido adotada por juristas – o que demonstraremos oportunamente – e abarca o questionamento proposto para essa seção oferecendo uma resposta sobre a natureza de seus institutos.

A princípio, convém apresentar, ilustrativamente, uma impressão inicial do que vem a ser a distinção entre fatos brutos e fatos institucionais. Em um jogo de xadrez, há uma série de peças distintas. Embora essas peças sejam, de uma perspectiva objetiva, apenas pedaços de madeira, em diversos formatos, cada uma delas tem uma função institucional específica no contexto do jogo. Assim, determinada peça de madeira vale como a rainha, e o seu movimento em diagonal durante um jogo de xadrez é um fato cuja existência depende do prévio conhecimento das regras;

⁹ SEARLE, John Rogers. **Freedom and Neurobiology**: reflections on free will, language, and political power. New York: Columbia University Press, 2007. p. 81.

¹⁰ GUERRA, Marcelo Lima. **Fatos institucionais e o NCPC**: implicações ontológicas e epistemológicas. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr; Lucas Buriel de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). Coleção Novo CPC - doutrina selecionada. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, pp. 65-100. pp. 2 e 3. O Autor atribui a John Searle destaque no desenvolvimento da ontologia social e observa que Searle oferece um tratamento aprofundado sobre o tema dos fatos institucionais em sua obra *The Construction of Social Reality*.

podemos denominar esse movimento de fato institucional. Com efeito, uma criança que observa um jogo, sem que lho expliquem, percebe apenas o movimento dos pedaços de maneira, sendo-lhe inacessível a realidade social que se desdobra diante de si; isso porque o xadrez é uma instituição.

Ocorre que, ao contrário dos fatos naturais, os fatos sociais, como um jogo, ou um texto, têm uma característica peculiar: sua existência depende de alguém que os reconhece como tais, ou seja, são ontologicamente subjetivos¹¹.

2.2.2.1 Objetos ontologicamente objetivos e ontologicamente subjetivos

A propósito de esclarecer o que são objetos ontologicamente subjetivos e objetivos, tomemos como exemplo uma escultura em mármore, para analisar os aspectos que fazem parte de sua essência (ontológicos) e o que pode ser dito sobre esse mesmo objeto (epistemologicamente), conforme as categorias desenvolvidas por Searle¹².

A estátua, caso perdida no oceano, manterá, desprezados os efeitos do tempo e do ambiente, sua composição material. Do mesmo modo que montanhas, vulcões e bactérias, o objeto existirá, independentemente de qualquer observador. Tal é seu aspecto ontologicamente objetivo: ser um fragmento de mármore¹³.

De outro turno, há um aspecto ontologicamente subjetivo do objeto, que depende da existência de um observador que lhe atribua esse sentido. O pedaço de mármore no oceano só pode ser considerado uma estátua ou, mais precisamente, uma obra de arte, caso exista um observador que, ciente do que se trata uma obra de arte (suas regras constitutivas), o reconheça como tal do mesmo modo que não existe dor que não seja sentida por um indivíduo determinado¹⁴. Nessa ordem, em exercício hipotético, caso um extraterrestre encontre um pedaço de mármore no fundo do oceano, a realidade subjetiva associada a esse objeto pode ser absolutamente diferente¹⁵.

¹¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O Direito e sua Ciência: Uma Introdução à Epistemologia Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 66

¹² SEARLE, John Rogers. **The Construction of Social Reality**. New York: The Free Press, 1995. pp. 9-12. Idem. **Freedom and Neurobiology: Reflections on free will, language, and political power**. New York: Columbia University Press, 2007. p. 83.

¹³ Idem, 1995, p. 12. Id., 2007, p. 83

¹⁴ Idem, 2007, p. 83.

¹⁵ O lúdico exemplo do extraterrestre é apresentado por Hugo Segundo. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O Direito e sua Ciência: Uma Introdução à Epistemologia Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 108

Desse modo, Searle sustenta que “*ontological subjectivity and objectivity are features of reality*”¹⁶. Há na estátua níveis distintos de realidade: a realidade característica de sua própria matéria, e a realidade de como ela vale para um observador.

Além dessas categorias ontológicas, que se referem a aspectos da realidade¹⁷, Searle destaca a distinção entre objetividade epistemológica e subjetividade epistemológica, que são tipos de afirmação a respeito de objetos¹⁸.

Retomemos o exemplo da estátua. É epistemologicamente objetivo afirmar que ela pesa X quilogramas ou que foi produzida há Y anos. Para Searle, uma afirmação é “*epistemically objective if its truth or falsity can be established independently of the feelings, attitudes and preferences, and so on, of the makers and interpreters of the claim*”¹⁹. Sobre a mesma estátua, é possível afirmar que seja bela ou feia. Nesse caso, trata-se de uma afirmação epistemologicamente subjetiva, pois depende de fatores particulares do observador; é uma questão de opinião²⁰.

2.2.2.2 Realidade social e instituições

O estabelecimento dessas categorias subsidia a compreensão acerca da construção da realidade social. O ato cotidiano de perguntar as horas depende de uma série de convenções intersubjetivamente estabelecidas, desde signos, expressões e linguagem, até o modo de se contar o tempo, objetos que são ontologicamente subjetivos. Com efeito, embora seja possível formular um juízo de veracidade (epistemologicamente objetivo) a respeito do horário, afirmando ser correto ou incorreto, essa realidade é subjetivamente constituída, depende de convenções como o Meridiano de Greenwich, uma linha imaginária.

Em suma, a possibilidade de se formular um juízo de veracidade sobre algo independe de sua constituição ontológica, mas do tipo de afirmação que se faz²¹. Se, por exemplo, afirma-se que a constituição vigente no Brasil foi promulgada em 1986, é fácil demonstrar que essa afirmação é falsa, mesmo que a Constituição não seja

¹⁶ Em tradução livre: subjetividade e objetividade ontológicas são aspectos da realidade”. SEARLE, John Rogers. **Freedom and Neurobiology**: Reflections on free will, language, and political power. New York: Columbia University Press, 2007. p. 83

¹⁷ O Autor utiliza a expressão “features of reality”. Idem, 1995, p. 12. Idem, 2007, p. 83.

¹⁸ Idem, 2007, p. 83

¹⁹ Ibidem, p. 83.

²⁰ Ibidem, p. 83.

²¹ Idem, 1995, p. 10.

efetivamente aquele pedaço de papel consultado, mas os sentidos que a ele se atribuem.

Ocorre que a espécie humana tem capacidade biológica de simbolizar, ou seja, de atribuir a um objeto uma função que não lhe é natural, mas que passará a valer como algo²². É por esse processo de atribuição de valor que um pedaço de papel-moeda passa a simbolizar uma cédula de cem reais. Do mesmo modo é a gênese dos Estados, da linguagem, dos jogos, e do Direito: atribuição de função²³.

Portanto, sustentar que Direito é ontologicamente subjetivo não significa defender um relativismo; mas, efetivamente, constatar que o Direito é algo real. Searle conclui em *The Construction of Social Reality* que a particularidade do mundo cultural está relacionada à “intencionalidade coletiva” e à atribuição de funções aos fenômenos, de modo que essas funções não podem ser compreendidas apenas por suas características físicas; seu valor é intersubjetivamente constituído²⁴. Assim, o conteúdo do Direito, como instituição, não é determinado por um estado intencional individual (“eu acredito que...”), mas por um estado intencional coletivo (“nós acreditamos que...”)²⁵.

Reconhecer a distinção entre aspectos da realidade intrínsecos ao objeto (ontologicamente objetivos) e aspectos dependentes do observador (ontologicamente subjetivos) conduz à definição de instituição e fato institucional. Com o termo instituições quer-se dizer algo bastante específico na teoria de Searle: “*institutions’ are systems of constitutive rules. Every institutional fact is underlain by a (system of) rule(s) of the form “X counts as Y in context C”*”²⁶.

Retomando o exemplo do xadrez, Searle explica:

²² Ibidem, p. 228.

²³ A rigor, Searle destaca, progressivamente e em níveis superpostos, categorias de fatos ontologicamente subjetivos, desde fatos sociais (que não são peculiares à espécie humana apenas) aos fatos institucionais. Essa distinção escapa do objeto do trabalho, conferir a propósito: SEARLE, John Rogers. **The Construction of Social Reality**. New York: The Free Press, 1995. p. 121 e ss. No particular, trata-se de uma categoria específica de atribuição de função que Searle denomina “imposition of status function”; responsável pela caracterização definitiva dos fatos sociais e que os distingue dos fatos coletivos. Ibidem, p. 41.

²⁴ No original: “What is special about culture is the manifestation of collective intentionality and, in particular, the collective assignment of functions to phenomena where the functions cannot be performed solely in virtue of the sheer physical features of phenomena” SEARLE, John Rogers. **The Construction of Social Reality**. New York: The Free Press, 1995. p. 228. O Autor explica que intencionalidade coletiva é um tipo de “we intentionality”, isso é, estados intencionais compartilhados, de modo que, intersubjetivamente, cada indivíduo se considera parte de uma realização coletiva. Assim, apresenta o exemplo de um músico que participa de um concerto: a sua participação é intencionalmente parte da performance musical. Ibidem, p. 23 e 24.

²⁵ Ibidem, p. 26.

²⁶ Idem, **Speech Acts: an essay on the philosophy of language**. London: Cambridge University Press, 1969. p. 56 e 57. Idem, **The Construction of Social Reality**. New York: The Free Press, 1995. p. 113

“Chess rules do not just regulate the playing of chess, but rather, playing chess is constituted by acting according to the rules in a certain sort of way. Constitutive rules typically have the form: “X counts as Y”, or “X counts as Y in context C”. Such and such counts as a legal move of a knight in chess, such and such a position counts as checkmate, such and such a person who meets certain qualifications counts as President of the United States, and so on.”²⁷

Dessa forma, o que possibilita a ocorrência dos fatos institucionais é a existência de um conjunto de regras constitutivas: subjacente ao fato institucional do “xeque-mate”, em um jogo de xadrez, há uma série de regras na forma X vale como Y no contexto C (por exemplo: uma peça de madeira vale como rainha quando posicionada do lado esquerdo do rei), bem como a própria regra que define o xeque-mate²⁸. Daí resulta a subjetividade ontológica dos fatos institucionais, a percepção do fato institucional depende do conhecimento, implícito ou explícito, de suas regras constitutivas.

2.2.3 O Direito como ordem normativa institucional

Suficientemente apresentadas essas noções de ontologia social, cumpre questionar: o desenvolvimento da teoria institucionalista no âmbito da ontologia social é relevante para o Direito?

Neil MacCormick reconhece o significativo impacto das ideias de John Searle e Elizabeth Anscombe a respeito dos fatos institucionais²⁹. Sustenta que o Direito faz parte do gênero “ordem normativa”, no qual se caracteriza como uma “ordem normativa institucional”³⁰ (P.1.i). O Autor esclarece que existe uma ordem normativa própria da natureza dos seres humanos, “cujas interações entre si dependem de padrões mutuamente reconhecíveis, que podem ser articulados em termos de uma conduta correta *versus* uma conduta errada, ou: o que alguém deve fazer em determinada situação³¹. O Direito, aponta MacCormick, é uma ordem normativa que tem a característica peculiar da institucionalidade.

Observa o Autor que existe uma transição entre ordem normativa, sustentada por meras expectativas recíprocas de conduta, e ordem normativa

²⁷ Idem, **Freedom and Neurobiology**: Reflections on free will, language, and political power. New York: Columbia University Press, 2007. p. 88

²⁸ GUERRA, Marcelo Lima. **Fatos institucionais e o NCPC**: implicações ontológicas e epistemológicas. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr; Lucas Buriel de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). Coleção Novo CPC - doutrina selecionada. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, pp. 65-100. p. 8

²⁹ MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 12

³⁰ Ibidem, p. 13

³¹ No original: “whose norm interactions with each other depend on mutually recognizable patterns that can be articulated in terms of right versus wrong conduct, or what one ought to do in a certain setting” Ibidem, p. 20

institucional, em que os deveres são formalmente estabelecidos pelas “regras explícitas ou implícitas que podem ser introduzidas e estabelecidas, ou desenvolvidas e reconhecidas por indivíduos titulares de autoridade”³². O Direito, portanto, é uma ordem normativa institucional, cujas regras são explicitamente formalizadas por um titular de autoridade³³. Essa proposição constitui a parte (i) da premissa que desenvolveremos. MacCormick conclui que:

“The constitution and sub-constitutional law of any state amount to a huge quantity of normative material. Yet we are now in a position to see how the institutions they establish create the basis for the formalization and articulation of these very rules and many other rules for the conduct of human life and affairs for citizens and members of civil society. The normative quality of the whole depends on a conventional norm according to which all persons holding public office ought to observe and uphold the constitution and the laws validly made under it. Observance of this conventional or customary basic norm is essential to the existence of a constitutional state in which the rule of law can thrive—that is, a ‘law-state’ or *Rechtsstaat*.”³⁴

Uma teoria institucional do Direito, ou pelo menos sua análise a partir desse léxico, permite, afinal, reconhecer que “é pela interpretação de nossa situação, confrontada com o amparo da ordem normativa institucional, que nós nos consideramos titulares de direito específicos”³⁵. Isso é bastante significativo, pois o Estado de Direito é uma realidade institucional intersubjetivamente constituída, e o estado intencional dos que o concretizam, sejam eles operadores ou intérpretes, é crucial para determinar seu conteúdo (P.1.ii).

Com efeito, Marcelo Guerra afirma que, sob a perspectiva da ontologia social de Searle, “os institutos jurídicos são estritamente convencionais”³⁶. Daí conclui que:

“se as normas que constituem um instituto jurídico só podem ser formuladas por um grupo específico de pessoas, especialmente autorizadas a tanto, entre elas não se incluindo, por definição, o doutrinador, este último deve manter um compromisso deontológico em tentar, em primeiro lugar, limitar-se a constatar quais normas são essas, normas cuja existência, em princípio, independe ou deveria independe da existência e da opinião sobre elas do doutrinador que delas toma conhecimento.”³⁷

³² No original: “*explicit or implicit rules that may be introduced and established, or developed and recognized, by persons holding some position of authority*”. Ibidem, p. 31

³³ Ibidem. p. 24

³⁴ Ibidem. p. 59 e 60.

³⁵ No original: “it is by an interpretation of our given situation against an assumed background of institutional normative order that we can consider ourselves to have various particular rights” Ibidem. p. 163.

³⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Fatos institucionais e o NCPD**: implicações ontológicas e epistemológicas. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr; Lucas Buriel de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). *Coleção Novo CPC - doutrina selecionada*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, pp. 65-100. p. 27

³⁷ Ibidem. p. 22.

O Autor argumenta que a essência de um instituto jurídico é ontologicamente determinada por suas regras constitutivas³⁸, que são estabelecidas pela autoridade competente para formar a ordem normativa institucional de MacCormick. Portanto, para “descrever ou caracterizar a ‘natureza jurídica’ de determinado instituto jurídico, é indispensável fazer referência (mesmo que implícita) a normas jurídicas”³⁹. Com isso, podemos formular a terceira parte da premissa correspondente à (Q.1): o responsável por descrever o Direito deve ter a intenção de fazê-lo a partir das leis convencionalmente e formalmente estabelecidas como constitutivas dessa realidade (P.1.iii).

2.2.3.1 O “problema do essencialismo jurídico”

A tentativa de descrição dos institutos conduz ao chamado “problema do essencialismo jurídico”. Marcelo Guerra descreve o essencialismo jurídico como a tentativa errônea de buscar uma essência própria de cada instituto jurídico, independentemente da consideração de suas normas constitutivas. Acrescenta o Autor que esse tipo de abordagem, que busca conceitos abstratamente colhidos em tal ou qual tradição doutrinária não busca uma justificativa ontológica para encarar os institutos jurídicos dessa forma, tampouco preocupa-se em demonstrar a adequação desses conceitos a um ordenamento específico⁴⁰.

O “problema do essencialismo jurídico” é muito bem ilustrado pelo fascínio, observado por Virgílio Afonso da Silva, que a doutrina jurídica demonstra por teorias desenvolvidas no exterior, aplicando-as sem a devida ponderação, ou lhes atribuindo veracidade inabalável, sobretudo aquelas produzidas pela literatura jurídica germânica⁴¹.

No entanto, ainda que o jurista tenha a autêntica intenção de descrever um instituto jurídico, rigorosamente examinando suas regras constitutivas, “a determinação dessas normas (...) pode se apresentar objetivamente impraticável, por diversas ordens de obstáculos”⁴²

³⁸ Ibidem. p. 27.

³⁹ Ibidem. p. 27.

⁴⁰ Ibidem. p. 24

⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico** in: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143. p. 116.

⁴² GUERRA, Marcelo Lima. **Fatos institucionais e o NCPC**: implicações ontológicas e epistemológicas. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr; Lucas Buri de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). *Coleção Novo CPC - doutrina selecionada*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, pp. 65-100. p. 27.

2.2.3.2 Para uma superação do “problema do essencialismo jurídico”

Retomemos o exemplo do jogo de xadrez, desta vez sob uma perspectiva preponderantemente normativa. Ronald Dworkin suscita, em exercício argumentativo, um caso de difícil solução em que deve um árbitro determinar que tipo de comportamento pode ser considerado não razoável durante uma partida de xadrez⁴³. Nesses casos, em que não há uma regra expressa para resolver a questão, argumenta o Autor que “toda instituição é colocada por seus participantes em uma categoria muito incipiente de instituição”: ou seja, um árbitro de xadrez, ao decidir um caso difícil, cuja solução não está expressamente regulada em suas regras constitutivas, deve fazê-lo conforme a natureza das convenções que subjazem à instituição. Por ser o xadrez um jogo intelectual, e não uma cerimônia religiosa, ou um jogo de azar, o árbitro deve partir desse pacto inicial para “construir a natureza do jogo”⁴⁴.

Para Dworkin, o conceito do jogo (da instituição) “supõe que um jogador concorda não apenas com um conjunto de regras, mas com um empreendimento que, podemos dizer, tem um caráter próprio”⁴⁵ (P.1.v). Decorre dessa constatação (a eventual insuficiência das regras constitutivas⁴⁶) que a instituição, compreendida como um conjunto de regras constitutivas, é sempre o ponto de partida para a solução de problemas, mas nem sempre suficiente. Ocorre que cada autoridade compreende o conceito do jogo, ou da instituição, a partir de preconceitos desenvolvidos “ao longo de uma carreira”, e é natural esperar que a influência desses fatores não seja expressamente apresentada⁴⁷. Dworkin assinala que:

“A proposição de que existe uma resposta ‘certa’ a essa pergunta [quais comportamentos não são racionais no contexto de um jogo] não significa que as regras do xadrez sejam exaustivas e não ambíguas; na verdade, trata-se de uma complexa afirmação sobre as responsabilidades dos árbitros e participantes”⁴⁸

É determinante a responsabilidade dos intérpretes do jogo. Nesse contexto, Marcelo Lima Guerra argumenta que é possível formular dois tipos de teorias sobre

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 159

⁴⁴ *Ibidem*, p. 160 e 161

⁴⁵ *Ibidem*, p. 164

⁴⁶ *Ibidem*, p. 159

⁴⁷ *Ibidem*, p. 162

⁴⁸ *Ibidem*, p. 163

um instituto jurídico: uma teoria descritiva, que o “descobre”; e uma teoria prescritiva, que “escolhe”⁴⁹.

Uma teoria descritiva de um instituto deve tentar compreender as regras constitutivas do instituto⁵⁰; a essa pretensão dedicaremos a seção subsequente.

Uma teoria prescritiva de um instituto deve, sob pena de incorrer no “problema do essencialismo jurídico”, constatar a impossibilidade da objetiva descrição de uma norma. É imprescindível, portanto, a definição dos limites estabelecidos pelo marco legal institucional, que delimita as possibilidades de um dado instituto, Só então o intérprete estará autorizado a “propor” uma norma. A pertinência de discriminar com precisão uma teoria prescritiva sobre um instituto decorre da necessidade de justificação expressa dessa proposição⁵¹. Nessa ordem, reconhecer os limites objetivos da teoria descritiva é, sobretudo, uma exigência de fundamentos rigorosos e explícitos para qualquer teoria prescritiva.

Por ora, procuramos demonstrar que a “institucionalidade” do Direito, deriva das regras jurídicas expedidas pela autoridade competente (“*normative framework*”), mas que conhecê-las, como tais, é objetivamente inviável. Isso conduz à situação paradoxal observada por Marcelo Guerra de que “um instituto jurídico sempre se reduz ao teor de determinadas normas que o constituam, mesmo que tais normas sejam construídas e propostas pelo próprio intérprete”. Daí a necessidade de um discurso prescritivo explícito e fundamentado⁵² (P.1.iv).

2.2.3.3 Premissa (P.1)

Em atenção às limitações deste trabalho, os fundamentos apresentados são suficientes para apresentar uma resposta, à pergunta “(Q.1): o que é um instituto jurídico?”. Não há qualquer pretensão de esgotar o tema, mas tão somente de conferir consistência metodológica ao trabalho:

(P.1) O Direito, assim como seus institutos, é uma ordem normativa institucional (i); portanto sua existência é ontologicamente subjetiva e depende do reconhecimento intersubjetivo, sobretudo, das autoridades que o aplicam (ii); o

⁴⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Fatos institucionais e o NCPC**: implicações ontológicas e epistemológicas. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr; Lucas Buriel de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). Coleção Novo CPC - doutrina selecionada. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, pp. 65-100. p. 21

⁵⁰ Ibidem, p. 22

⁵¹ Ibidem, p. 23

⁵² Ibidem. p. 27 e 28

responsável por descrever o Direito deve ter a intenção de fazê-lo a partir das leis formalmente estabelecidas como constitutivas dessa realidade (iii); entretanto esse *normative framework*⁵³ será eventualmente insuficiente para descrever o Direito, tornando-se o intérprete responsável por prescrever, de forma explícita e fundamentada, seu conteúdo (iv); o discurso prescritivo deverá encontrar fundamento no próprio “empreendimento”⁵⁴, que é a instituição analisada (v).

Sucedo que, diante dessas considerações, há ainda um questionamento relevante, que denominaremos (Q.1.1): Como se pode descrever um instituto jurídico? – ao qual dedicaremos as seções subsequentes.

2.2.4 Regras constitutivas de entidade e regras constitutivas de valor

Em princípio, a forma de Searle pode parecer suficiente para descrever a realidade social, na medida em que cada instituição poderia ser desdobrada em suas regras constitutivas. Realizar essa tarefa descritiva, contudo, exige uma compreensão da estrutura lógica de suas regras, bem como um léxico específico. Adotaremos, para uma teoria descritiva dos institutos jurídicos, a proposta de Marcelo Lima Guerra⁵⁵.

2.2.4.1 Molduras sentenciais

É necessário estabelecer algumas definições. A primeira, é a definição de sentença. Marcelo Guerra define sentença como “objetos linguísticos normalmente constituídos de mais de uma expressão linguística”, independentemente de seu significado⁵⁶. Assim, podemos, por exemplo, descrever o mesmo fenômeno com duas sentenças diferentes:

(S.1) O árbitro deu o apito inicial.

(S.2) O jogo começou.

⁵³ MacCormick utiliza a expressão “normative framework” para designar o conjunto de regras constitutivas de uma instituição, ou: a referência para a interpretação de fatos institucionais. MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 11

⁵⁴ Terminologia de Dworkin para remeter ao “conceito contestado [sobre o que é uma determinada realidade institucional], que internaliza a justificação geral da instituição de maneira a torná-la utilizável para a formulação de distinções na esfera da própria instituição”. Distinção, explica o Autor, entre o que é “razoável supor que os jogadores fazem quando consentem com a regra da aplicação da penalidade” DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 164

⁵⁵ Recomendamos a leitura integral do artigo “Fatos Institucionais e o NCPC: implicações ontológicas e epistemológicas” de Marcelo Lima Guerra, a quem deve-se creditar quaisquer contribuições dessa seção.

⁵⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Fatos institucionais e o NCPC: implicações ontológicas e epistemológicas**. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr; Lucas Buriel de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). *Coleção Novo CPC - doutrina selecionada*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, pp. 65-100. p. 5.

Cada sentença é constituída por termos, chamados fatores sentenciais, por exemplo: “jogo”, “o”, “deu” ...⁵⁷. Ocorre que é possível substituir, em uma sentença, um de seus fatores por uma incógnita, para expor sua estrutura lógica. Se quisermos compreender estruturalmente a forma com que atribuímos a qualidade de “agradável” a algo, podemos expressá-la pela sentença (S.5):

(S.3) A música é agradável.

(S.4) Maria é agradável.

(S.5) X-expressões é agradável.

Essa incógnita, que compreende X-expressões, é uma moldura sentencial⁵⁸. A utilização de moldura sentenciais é útil, pois revela a forma lógica de sentenças, ainda que tenham significados diferentes. Marcelo Guerra destaca que “não só diferentes sentenças podem expressar a mesma coisa, mas coisas diferentes expressas por diferentes sentenças podem ter uma mesma e única forma lógica”⁵⁹. Essa forma lógica é necessária para compreender a estrutura dos fatos institucionais.

2.2.4.2 Estrutura Lógica dos Fatos Institucionais

Para Searle, os fatos institucionais são fatos que só existem em razão de um conjunto de regras constitutivas da forma “X vale como Y no contexto C”, as instituições⁶⁰. Marcelo Guerra argumenta que, conforme preconizadas por Searle, as regras constitutivas têm uma forma lógica única, e portanto podem ser compreendidas a partir de molduras sentenciais⁶¹. Vejamos (S.8):

(S.6) Uma pá vale como uma obra de arte no contexto de uma exposição.

(S.7) Sylvester Stallone vale como Rocky Balboa no filme Rocky.

(S.8) X-expressões vale como Y-expressões no contexto C-expressões⁶².

As Y-expressões são precisamente os valores atribuídos a algo, ou, na terminologia de Searle, seu “*status function*”. É assim que uma peça de madeira (X-

⁵⁷ Ibidem, p. 5.

⁵⁸ Ibidem, p. 6.

⁵⁹ Ibidem, p. 6.

⁶⁰ SEARLE, John Rogers. **The Construction of Social Reality**. New York: The Free Press, 1995. pp. 27 e 28. GUERRA, Marcelo Lima. O que é um Juiz. Pensar, Fortaleza, v. 15, n. 2, p.513-534, dez. 2010. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1853/1405&usg=AFQjCNHnA8R33fQTU8brbLJOdZpu2WHbog&bvm=bv.136593572,d.cGw&cad=rja>>. Acesso em: 26 out. 2016. p. 519.

⁶¹ GUERRA, Marcelo Lima. **Fatos institucionais e o NCPC**: implicações ontológicas e epistemológicas. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr; Lucas Buri de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). Coleção Novo CPC - doutrina selecionada. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, pp. 65-100. p. 7.

⁶² Ibidem, p. 7.

expressão) passa a valer como um bispo preto (Y-expressão) no contexto de um jogo de xadrez (C-expressão); essa regra constitutiva confere à peça de madeira o seu valor institucional⁶³ e efetivamente cria uma entidade. Do mesmo modo, um indivíduo passa a valer como atacante em um jogo de futebol, ou um examinador em um certame público. Por essa razão, essa regra constitutiva é denominada por Marcelo Guerra de regra constitutiva de entidade.

Assim, essas entidades só existem em nossa realidade social porque, expressa ou implicitamente, convencionamos intersubjetivamente esses sentidos para que objetos materiais passem a valer como fatos institucionais. Essa percepção é aparentemente tão natural que não costumamos nos perguntar se palavras, jogos e instituições de fato existem independentemente de nossa compreensão. A contribuição de Searle, a partir da ontologia social, é permitir que reconheçamos esses fatos institucionais – o que não é de nenhum modo óbvio – para analisar sua estrutura peculiar.

Ocorre que as regras constitutivas de entidade são insuficientes para a compreensão de um fato institucional⁶⁴. A rigor, saber que um indivíduo vale como atacante em um jogo de futebol é insuficiente caso não se saiba o que é um atacante. É necessário, portanto, que o valor institucional do atacante, ou de qualquer Y-expressão seja também definido por uma regra⁶⁵. Assim, Marcelo Guerra sustenta a existência de um segundo tipo de norma constitutiva, a norma constitutiva de valor. Na terminologia do Autor, normas constitutivas de valor são aquelas que instituem “uma consequência normativa para a existência concreta de certo fato institucional do tipo abstratamente indicado na norma, ou meramente “nomeado” em seu antecedente [a norma constitutiva de entidade]”⁶⁶.

Em outros termos, a regra constitutiva de entidade, denominada pelo Autor de E-norma constitutiva⁶⁷, é aquela que nos permite observar um pedaço de papel e considerá-lo valendo como um mandato, como parte integrante de nossa realidade social. No entanto, o significado do mandato, ou seu “valor institucional”, é definido por outro tipo de regra, a regra constitutiva de valor, denominada por Marcelo Guerra

⁶³ Marcelo Guerra utiliza a terminologia valor institucional, que corresponde à “status function” de Searle. *Ibidem*. p. 8.

⁶⁴ *Idem*, 2010, p. 521. *Idem*, 2016, pp. 7 e 8.

⁶⁵ *Idem*, 2016, p. 9.

⁶⁶ *Ibidem* p. 9.

⁶⁷ *Idem*, 2010, p. 520. *Idem*, 2016, p. 9

de V-norma constitutiva, na forma “Se Y, então é normativamente possível Z, em que Z representa as ‘possibilidades normativas de agir’”. Essas possibilidades normativas, esclarece o Autor, são os modais deônticos do agir⁶⁸. Esquemáticamente, vejamos um exemplo:

(a) Norma constitutiva de entidade (E-norma constitutiva), na forma “X vale como Y no contexto C”:

(S.9) Papel vale como mandato no contexto de um casamento.

Essa é a norma constitutiva da entidade mandato, que é, nesse sentido, um fato institucional concreto, mas não possui, intrinsecamente, valor institucional.

(b) Norma constitutiva de valor (V-norma constitutiva), na forma “Se Y (ou: a entidade que foi nomeada pela E-norma constitutiva), então é normativamente possível (é obrigatório, é permitido, é proibido, ou é autorizado) Z (que é efetivamente o conjunto de possibilidades, ou de prescrições, atribuídas a um fato institucional)⁶⁹:

(S.10) Se (há) mandato, então é permitido representar uma pessoa nos atos da vida civil.

Em suma, há uma necessária complementaridade entre regras constitutivas de entidade e constitutivas de valor. A partir dessa terminologia, Marcelo Guerra extrai algumas conclusões que tentaremos sintetizar no que relevantes para esse trabalho: “a ‘natureza jurídica’ de um instituto, outra coisa não é senão a funcionalidade normativamente constituída por V-normas constitutivas e normativamente atribuída a algo por E-normas constitutivas⁷⁰ (P.1.1.i). Assim, o que diferencia o mandato de qualquer outro tipo de contrato é o conjunto de suas possibilidades normativas específicas (o que obrigam, o que permitem, o que proíbem e o que autorizam), determinador na forma de Z-expressões. Esse valor institucional é veiculado a um objeto (no caso do Direito, comumente, o papel) por uma norma constitutiva de entidade, de modo que esse objeto passa a valer como algo. Esse algo (Y-expressão) é o nome da instituição, que “personifica” a “funcionalidade normativamente constituída”⁷¹.

⁶⁸ Idem, 2010, p. 522. Idem, 2016, p. 10

⁶⁹ Idem, 2016, p. 10.

⁷⁰ Ibidem, p. 21

⁷¹ Ibidem, passim.

2.2.4.3 O “problema da ambiguidade típica dos fatos institucionais”

Sucedem que as chamadas Y-expressões tanto corporificam a instituição caracterizada por um conjunto específico de V-normas constitutivas quanto servem para associar a um objeto (X-expressão) esse valor institucional. Marcelo Guerra argumenta que esse tipo de ambiguidade é típica dos fatos institucionais e indica um exemplo esclarecedor: “a palavra ‘goleiro’, a qual nomeia um fato institucional, é usada, em certos contextos, para se referir ao ‘valer como goleiro’ ou ‘valor institucional em abstrato de ser goleiro’, o qual é atribuído a algo, a algum substrato (empírico ou outro)”⁷²

Nessa ordem, o Autor conclui que a superação dessa ambiguidade entre o “valor institucional” e a entidade “portadora desse valor institucional”, ambos definidos por uma Y-expressão, requer uma distinção artificial. Assim, propõe a seguinte denominação:

(1) “(V)Y-expressão, nos casos em que a Y-expressão é utilizada para indicar o valor institucional em abstrato”⁷³ Nesse caso, poderemos utilizar V-goleiro ou V-mandato, ou V-juiz para denominar uma instituição em abstrato.

(2) “(E)Y-expressão, nos casos em que a Y-expressão é utilizada para indicar a entidade concreta, dotada de coordenadas espaciais e/ou temporais próprias já tomadas como “portadoras” do valor institucional”⁷⁴. Nessa hipótese, é possível utilizar E-goleiro (como, v.g., o Pedro que joga como goleiro), E-mandato (como, v.g., um contrato concreto entre Pedro e Paulo) e E-juiz (como, v.g., o Paulo que atua como juiz).

A utilidade da terminologia é explicitada por Marcelo Guerra:

“as expressões que nomeiam os institutos jurídicos, assim como qualquer fato institucional, padecem de uma típica ambiguidade, só eliminável com a introdução de termos artificialmente diferenciados. Sem essa introdução, essa ambiguidade, muitas vezes, permanece despercebida, o que gera inúmeros erros de categoria e discussões estéreis.”⁷⁵ (P.1.1.ii)

O “problema da ambiguidade típica dos fatos institucionais” será enfrentado sob esse marco teórico na seção 4.1.2, *infra*. Convém antecipar todavia, que tentaremos estabelecer uma distinção entre novação-negócio-jurídico, como uma E-

⁷² Idem, 2010, p. 523. Idem, 2016, p. 14.

⁷³ Idem, 2016, p. 14.

⁷⁴ Ibidem, p. 14.

⁷⁵ Ibidem, pp. 25 e 26.

novação, concreta; e novação-como-o-efeito-de-prorrogação-do-vencimento-de-uma-obrigação, como uma Z-novação, abstrata.

2.2.4.4 Premissa (P.1.1)

À guisa de resposta para (Q.1.1): “Como se pode descrever um instituto jurídico?”, formulamos a premissa (P.1.1):

(P.1.1): Descrever a ‘natureza jurídica’ de um instituto significa indicar a(s) funcionalidade(s) normativamente constituída(s) por V-normas constitutivas, e indicar a qual objetos essa funcionalidade é atribuída por E-normas constitutivas⁷⁶ (i); dessa descrição resultará uma ambiguidade típica dos nomes dos fatos institucionais que pode ser resolvida pela terminologia (E) Y-expressão e (V) Y-expressão (ii).

2.3 A Regra-matriz de Incidência Tributária

Há um segundo elemento do trabalho que demanda a utilização de um léxico próprio: a investigação sobre a incidência do IOF-Crédito. Assim, é necessário enfrentar o questionamento:

(Q.2) Em que circunstâncias será um tributo devido?

Recorreremos à teoria da regra-matriz de incidência, conforme preconizada por Paulo de Barros Carvalho, para apresentarmos uma estrutura lógico-formal do fenômeno da incidência tributária. Essa será a base teórica para a análise da seção 3.1, *infra*.

2.3.2 Norma tributária em sentido estrito

É necessário reconhecer, a princípio, que nem todas as normas jurídicas tributárias são relevantes para aferir a incidência de um tributo (portanto, sobejam o objeto desta pesquisa). Cumpre classificá-las de modo útil, destacando a categoria pertinente à incidência, oportunamente definida como regra-matriz de incidência.

Paulo de Barros Carvalho discrimina três tipologias de norma em direito tributário, de acordo com um critério institucional: a) normas que estabelecem princípios; b) normas que determinam a incidência de um tributo, e; c) normas operacionais⁷⁷.

⁷⁶ Ibidem, p. 22.

⁷⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 238

Normas que estabelecem princípios, como o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, da Constituição Federal), embora prescrevam limites às atividades de instituição, fiscalização e cobrança de tributos, não indicam em que ocasião os mesmos são devidos. Igualmente, normas operacionais, como as que determinam a responsabilidade de terceiros (arts. 134 e 135 do Código Tributário Nacional – CTN), ou a definição do sujeito passivo (arts. 121 a 123 do CTN) não conferem ao intérprete a aptidão de determinar a incidência do tributo. Apenas a categoria das normas tributárias em sentido estrito tem esta propriedade: a de prescrever a incidência de um tributo. Denominaremos de regra-matriz de incidência (uma norma específica) a norma tributária em sentido estrito (sua categoria) que determina a incidência de um dado tributo.⁷⁸

2.3.3 Fato gerador, hipótese de incidência e fato jurídico tributário

A relação jurídica tributária, isto é, no particular, o dever de pagar tributos, decorre da subsunção da regra-matriz de incidência de um determinado tributo⁷⁹. Essa “fenomenologia” da incidência tributária depende, preceitua Becker, da realização da hipótese de incidência⁸⁰, que ocorre quando cumpridos “todos os elementos que a compõem⁸¹ (P.2.i); o cumprimento dessa descrição abstrata é a gênese da obrigação tributária. Paulo de Barros esclarece:

“(…) Reduzindo complexidades, podemos representar a norma jurídica da seguinte forma: $H \rightarrow C$, onde a hipótese (H) alude à descrição de um fato e a consequência (C) prescreve os efeitos jurídicos que o acontecimento irá provocar, razão pela qual se fala em descritor e prescritor, sendo o primeiro para designar o antecedente normativo e o segundo para indicar seu consequente.”⁸²

Portanto, para que se realize a incidência da norma jurídica tributária em sentido estrito é necessário verificar a ocorrência concreta do fato abstratamente previsto na norma⁸³. Daí surge a distinção fundamental entre norma jurídica em abstrato (não necessariamente coincidente com o conjunto de textos positivados que

⁷⁸ *Ibidem*, p. 241.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 254.

⁸⁰ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 328.

⁸¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. vol. 1. Rio de Janeiro, 1954, § 9º, nº1 apud BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 328.

⁸² CARVALHO, Paulo de Barros. **Para Uma Teoria Da Norma Jurídica**: Da teoria da norma à regra - matriz de incidência tributária. Disponível em: <http://www.ibet.com.br/download/Para_uma_teor%C3%ADa_da_norma_PBC.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016. p. 14

⁸³ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 66

a enunciam⁸⁴) e fato imponible – uma situação de fato ou de direito (um fato institucional) que é considerada concretamente correspondente à hipótese de incidência da norma e, por essa razão, autoriza a cobrança de tributo⁸⁵.

Nessa ordem, é comum que o fenômeno da incidência, em seu aspecto abstrato (como norma), ou em seu aspecto concreto (como fato jurídico), seja denominado de fato gerador. O Código Tributário Nacional, inclusive, utiliza essa terminologia⁸⁶. Paulo de Barros Carvalho, contudo, argumenta que albergar esses dois níveis do fenômeno jurídico tributário sob o termo fato gerador pode suscitar ambiguidade; porquanto há, como vimos uma duplicidade de sentidos, quais sejam: (1) a descrição hipotética da situação de fato ou de direito que origina a relação jurídica tributária; (2) a própria situação de fato ou de direito descrita abstratamente pela norma jurídica⁸⁷.

A bem da clareza terminológica, adotaremos o escólio de Geraldo Ataliba⁸⁸, que denomina o sentido (1) de hipótese de incidência, e o sentido (2) de fato imponible. A ocorrência do fato imponible, ou “evento jurídico tributário”, observa Paulo de Barros, depende para se tornar o fato jurídico tributário, de sua constituição em linguagem competente⁸⁹; trata-se de uma institucionalização, na medida em que um comportamento material passa a valer como um fato institucional.

Com efeito, Paulo de Barros Carvalho aduz ser o fato jurídico uma construção de sobrelinguagem, por consubstanciar uma dupla transformação: “(i) do fenômeno social ao fenômeno abstrato jurídico e (ii) do fenômeno abstrato jurídico ao fenômeno concreto jurídico”⁹⁰.

Em suma, com base na terminologia de Paulo de Barros e Geraldo Ataliba, definimos o seguinte: (1) hipótese de incidência é descrição hipotética da situação de fato ou de direito que origina a relação jurídica tributária; (2) fato imponible é a própria situação de fato ou de direito descrita abstratamente pela norma jurídica; (3) fato jurídico tributário é o fato imponible devidamente constituído em linguagem competente (institucionalizado). Cumpre agora compreender quais são os elementos

⁸⁴ Sobre a distinção entre texto e norma cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 47.

⁸⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **op. cit.**, 2013, p. 254.

⁸⁶ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**.

⁸⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **op. cit.** pp. 251 e 252.

⁸⁸ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 58.

⁸⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **op. cit.**, p. 254.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 247.

que compõem a regra-matriz de um tributo e, por isso, determinam sua hipótese de incidência.

2.3.4 Critérios da regra-matriz de incidência

No enunciado hipotético da norma tributária em sentido estrito, seu “antecedente”, ou “descriptor”, Paulo de Barros observa três tipos de critérios: a) critério material; b) critério espacial, e; c) critério temporal⁹¹. O cumprimento desses critérios estabelece uma infalível relação interproposicional⁹² entre a hipótese e a prescrição da norma, ou seu “consequente”. Em relação ao consequente, Paulo de Barros identifica dois critérios: d) critério quantitativo, e; e) critério pessoal. Convém apresentar esses critérios, conforme preconizados por Paulo de Barros Carvalho, com a advertência de que a exposição será, por ora superficial, já que os critérios específicos do IOF-Crédito serão devidamente explorados. Destaque será conferido ao antecedente da norma, sobretudo ao critério material.

2.3.4.1 Critério material, critério espacial e critério temporal

A hipótese de incidência pode ser definida como o comportamento de uma “pessoa, física ou jurídica, condicionado por circunstâncias de espaço e tempo”⁹³ (P.2.ii). Assim, o aspecto do critério material pode ser isoladamente estabelecido como “um verbo, seguido de seu complemento”⁹⁴. Dessa forma, o critério material do imposto de renda é, por exemplo, auferir (verbo) renda (complemento).

Subjaz à essa formulação a seguinte conclusão: o verbo deve necessariamente ser praticado por um sujeito⁹⁵. Com efeito, Roque Antonio Carrazza pondera que “a hipótese de incidência deve descrever fatos que façam presumir que quem os pratica, ou por eles é alcançado, possui capacidade econômica, ou seja, os meios financeiros capazes de absorver o impacto deste tipo de tributo”⁹⁶. Isso nos

⁹¹ *Ibidem*, p. 260.

⁹² Relação interproposicional é aquela que “vem entre a proposição hipótese e a proposição consequente”. *Ibidem*, p. 332. Becker caracteriza essa relação com infalível (automática), pois essa é a lógica peculiar do instrumento jurídico. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 330.

⁹³ CARVALHO, Paulo de Barros. *op. cit.*, p. 260.

⁹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 1981. apud CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹⁵ *Idem*, 2013, p. 262.

⁹⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 105.

permite caracterizar a incidência como decorrente de um comportamento do contribuinte valorado como um signo presuntivo de riqueza (P.2.iii)

Ocorre que “auferir renda”, ou o verbo e seu complemento meramente, não são suficientes para caracterizar a incidência; é necessário que a norma estabeleça as condicionantes espaciais e temporais. Assim:

O critério espacial é o espaço territorial indicado pelo legislador onde o fato deve ocorrer para que possa se realizar a incidência⁹⁷.

O critério temporal é o momento definido pela norma tributária em que ocorre a incidência do tributo⁹⁸.

2.3.4.2 Critério quantitativo e critério pessoal

Os aspectos do conseqüente da norma, argumenta Paulo de Barros, são os “critérios para identificação do vínculo jurídico que nasce. Em síntese, “o critério pessoal aponta os sujeitos (ativo e passivo) da relação”, enquanto o critério quantitativo indica os elementos que, conjugados, “exprimem o valor pecuniário da dívida”⁹⁹.

Em termos práticos, o conseqüente da norma indica o sujeito passivo (contribuinte), o sujeito ativo (titular do crédito tributário), a base de cálculo e a alíquota (para calcular a prestação).

2.3.5 Premissa (P.2)

(P.2): Considera-se devido o tributo quando cumpridos concretamente todos os elementos que compõem sua hipótese de incidência (i); a hipótese de incidência pode ser definida como o comportamento de uma pessoa, física ou jurídica, condicionado por circunstâncias de espaço e tempo (ii); e descreve um comportamento do contribuinte valorado como signo presuntivo de riqueza (iii).

2.4 Limitações Epistemológicas e Conclusões Preliminares

Nesse capítulo, tentamos apresentar um marco teórico para as perguntas (Q.1) e (Q.2), firmando premissas, que valem como conclusões preliminares:

(Q1) O que é um instituto jurídico?

⁹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit., 2013, p. 263.

⁹⁸ Ibidem, p. 266.

⁹⁹ Ibidem, p. 295.

(P.1) O Direito, assim como seus institutos, é uma ordem normativa institucional (i); portanto sua existência é ontologicamente subjetiva e depende do reconhecimento intersubjetivo, sobretudo, das autoridades que o aplicam (ii); o responsável por descrever o Direito deve ter a intenção de fazê-lo a partir das leis formalmente estabelecidas como constitutivas dessa realidade (iii); entretanto esse “normative framework”¹⁰⁰ será eventualmente insuficiente para descrever o Direito, tornando-se o intérprete responsável por prescrever, de forma explícita e fundamentada, seu conteúdo (iv); o discurso prescritivo deverá encontrar fundamento no próprio “empreendimento”¹⁰¹, que é a instituição analisada (v).

(Q.1.1): “Como se pode descrever um instituto jurídico?”

(P.1.1): Descrever a ‘natureza jurídica’ de um instituto significa indicar a(s) funcionalidade(s) normativamente constituída(s) por V-normas constitutivas, e indicar a qual objetos essa funcionalidade é atribuída por E-normas constitutivas¹⁰² (i); dessa descrição resultará uma ambiguidade típica dos nomes dos fatos institucionais que pode ser resolvida pela terminologia (E) Y-expressão e (V) Y-expressão (ii).

(Q.2) Em que circunstâncias será um tributo devido?

(P.2): Considera-se devido o tributo quando cumpridos concretamente todos os elementos que compõem sua hipótese de incidência (i); a hipótese de incidência pode ser definida como o comportamento de uma pessoa, física ou jurídica, condicionado por circunstâncias de espaço e tempo (ii); e decorre de um comportamento do contribuinte valorado como um signo presuntivo de riqueza (iii).

Acatar essas premissas ao longo do trabalho é imperativo metodológico que decorre das limitações do trabalho. Convém expor, todavia, as fronteiras que esse recorte estabelece, à guisa de precaução epistemológica.

Primeiro, a teoria institucionalista de Searle pretende ser abrangente. Com efeito, Hugo de Brito Machado Segundo propõe ser inadequado estabelecer uma distinção binária e definitiva entre fatos brutos e institucionais. Argumenta que, em verdade, existem níveis de institucionalização, e que ela ocorre de modo gradual.

¹⁰⁰ MacCormick utiliza a expressão “normative framework” para designar o conjunto de regras constitutivas de uma instituição, ou: a referência para a interpretação de fatos institucionais. MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 11

¹⁰¹ Terminologia de Dworkin para remeter ao “conceito contestado [sobre o que é uma determinada realidade institucional], que internaliza a justificação geral da instituição de maneira a torná-la utilizável para a formulação de distinções na esfera da própria instituição”. Distinção, explica o Autor, entre o que é “razoável supor que os jogadores fazem quando consentem com a regra da aplicação da penalidade” DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 164

¹⁰² Ibidem, p. 22.

Afinal, não podemos apreender o objeto de conhecimento “tal como é” seja pela limitação de nossos sentidos, seja por não ser possível nos desvincular de nossas intuições, sem juízos de valor¹⁰³. Com efeito, a institucionalização se realiza em camadas superpostas, na medida em que progressivamente atribuímos sentido a gestos, signos, palavras e criamos convenções sociais. Todos esses aspectos antecedentes ao Direito, de natureza também institucional, e que não são exclusivos da espécie humana¹⁰⁴.

Por essa razão, adota-se o estudo de Marcelo Guerra como referencial fundamental no que concerne à estrutura dos fatos institucionais; estudo voltado à epistemologia jurídica e que, cumpre reiterar, recomenda-se a leitura¹⁰⁵. Assim, o que se propõe é uma teoria descritiva estritamente jurídica, voltada a três problemas que são pertinentes ao tema: a) o “problema da essencialismo jurídico”; b) o “problema da ambiguidade típica do nome dos fatos institucionais, e; c) a eventual impossibilidade de mera descrição objetiva dos institutos jurídicos. Sobre a análise do Direito de uma perspectiva institucional, Hugo de Brito Machado Segundo conclui:

“Quando se discute a respeito de realidade institucionais, é preciso recorrer aos critérios que definem a constituição dessas realidades. (...) Assim, no que tange ao Direito, quando este se exprime a partir de textos, é factível um debate, partindo dos critérios usados para definir o sentido desses textos, critérios em face dos quais será possível efetivamente atribuir sentido a tais textos, e esses sentidos poderão ser criticados, buscando-se outros melhores. É viável, reconheça-se, também um debate falibilista sobre como esses textos devem ser escritos, ou sobre qual conteúdo eles *deveriam* ter. Mas, mesmo em uma discussão voltada ao direito posto, é possível um debate falibilista (e, por isso mesmo, não ‘dogmático’) a respeito do sentido que os textos que o exprimem têm, debate que torna *insuprimível* a consideração dos fatos aos quais se aplicam e das finalidades que com eles se pretendem preservar ou alcançar”¹⁰⁶.

¹⁰³ O Autor, com esteio em Karl Popper, sustenta inexistir uma “observação não interpretada” MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O Direito e sua Ciência: Uma Introdução à Epistemologia Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 28. A esse respeito, confira-se o que preceitua John Searle a respeito dos fatos brutos: “Brute facts, such as, e.g., the fact that I weigh 160 pounds, of course require certain conventions of measuring weight and also require certain linguistic institutions in order to be stated in the language, but the fact stated is nonetheless a brute fact, as opposed to the fact that it was stated, which is an institutional fact” p. 51

¹⁰⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O Direito e sua Ciência: Uma Introdução à Epistemologia Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 24 a 31

¹⁰⁵ GUERRA, Marcelo Lima. O que é um Juiz. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p.513-534, dez. 2010. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1853/1405&usg=AFQjCNHnA8R33fQTU8brbLJOdZpu2WHbog&bvm=bv.136593572,d.cGw&cad=rja>>. Acesso em: 26 out. 2016. Idem. **Fatos institucionais e o NCPC: implicações ontológicas e epistemológicas**. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr; Lucas Buriel de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). Coleção Novo CPC - doutrina selecionada. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, pp. 65-100.

¹⁰⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O Direito e sua Ciência: Uma Introdução à Epistemologia Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 67 e 68

Ademais, sobre a regra-matriz de incidência: por apreço à coerência, é necessário ressaltar algo que pode ser encarado como uma contradição nas premissas deste trabalho. Paulo de Barros afirma, a respeito da formulação teoria da regra-matriz de incidência, que “as divisões e subdivisões que empreendemos para conhecê-la foram ditadas pelo imperativo metodológico de penetrar na sua essência”¹⁰⁷. Não se trata, em verdade, de um típico caso do “problema do essencialismo jurídico”?

Hugo de Brito Machado Segundo observou que “tornaram-se frequentes estudos sobre a norma tributária, os quais a consideram em sua estrutura lógico-formal, divorciada do próprio sistema de normas no qual está inserida e que lhe confere identidade”¹⁰⁸. No mesmo sentido, James Marins reforça o argumento ao afirmar ser inadequado “descartar” os “fatores políticos e econômicos” que subjazem à relação de direito material tributária, elementos esses que caracterizam o que o autor denomina de “vulnerabilidade material do contribuinte”¹⁰⁹.

São ponderações pertinentes. No entanto, preconiza Paulo de Barros Carvalho, o mérito da teoria da regra-matriz de incidência é o de proporcionar uma consistência metodológica que oferece ao “analista um ponto de partida rigorosamente correto, sob o ângulo formal”¹¹⁰, o que, como qualquer simplificação, não obsta a análise do problema sob outras dimensões.

Assim, uma postura cautelosa deve ser adotada ao extrair conclusões de formas lógicas; afinal, depara-se o intérprete com a complexidade do fenômeno jurídico, que não se esgota na análise teórica da norma jurídica.

Nessa ordem, adota-se a teoria da regra-matriz de incidência como base teórica, mas sob o compromisso metodológico de confrontar as premissas estabelecidas com os dispositivos do Código Tributário Nacional e as peculiaridades do regime jurídico e a base econômica do IOF-Crédito.

Requer-se, então, uma análise da hipótese de incidência do IOF-Crédito e da natureza jurídica do instituto da novação, inicialmente em planos distintos, mas que, eventualmente, demonstrar-se-ão divergentes. Com efeito, à luz da teoria

¹⁰⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Op. cit., 2013, p. 331.

¹⁰⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Op. Cit. p. 79

¹⁰⁹ MARINS, James. **Defesa e Vulnerabilidade do Contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009. p. 26

¹¹⁰ Idem. **Para Uma Teoria Da Norma Jurídica**: Da teoria da norma à regra - matriz de incidência tributária. Disponível em: <http://www.ibet.com.br/download/Para_uma_teor%C3%ADa_da_norma_PBC.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.. pp. 23 e 24.

institucionalista, empreende-se um estudo sobre o termo “novação”, para demonstrar que o disposto no art. 59 da Lei nº 11.101/05 não é um comportamento do contribuinte e, portanto, não pode ser objeto da incidência do tributo. A partir dessa primeira conclusão, desloca-se o objeto da incidência do tributo para a aprovação do plano de recuperação judicial, cuja conformidade com a hipótese do IOF-Crédito é também analisada.

3 A REGRA-MATRIZ DO IOF-CRÉDITO E A NOVAÇÃO COMO HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

3.1 A hipótese de incidência do IOF-Crédito

Conhecer a regra-matriz de um tributo é, conforme estabelecemos, o “ponto de partida” para investigar o fenômeno da incidência tributária. Não obstante, a formulação em abstrato da hipótese de incidência deve estar subordinada às próprias convenções que instituem o tributo, sob pena de incorrer no “problema do essencialismo jurídico”. Assim, expõe-se, inicialmente, o contexto do IOF-Crédito no Sistema Tributário Brasileiro e seu regime jurídico. Diante desse amparo normativo, a doutrina é consultada para sistematizar e esclarecer, em seus limites semânticos, os critérios da regra-matriz de incidência do IOF-crédito. Ao final da seção, apresenta-se uma resposta para (Q.3), a propósito de desenvolvimento do trabalho:

(Q.3) O que é uma operação de crédito (ou: qual é a hipótese de incidência do IOF-Crédito)?

3.1.1 Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) e Terminologia

Uma questão terminológica antecede a análise do imposto sobre operações de crédito. Roberto Quiroga Mosquera observa que se tem utilizado a expressão “imposto sobre operações financeiras”, e sua abreviatura – IOF – para designar um conjunto de quatro tributos distintos¹¹¹: a) imposto sobre operações de crédito; b) imposto sobre operações de câmbio; c) imposto sobre operações de seguro, e; d) imposto sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários.

Com efeito, a Constituição estabelece no art. 153, V, a competência da União para instituir o imposto sobre “operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários”; os fatos geradores (hipóteses de incidência) de cada uma dessas operações são definidos nos incisos do art. 63 do CTN, destacadamente. Não há menção à “imposto sobre operações financeiras” na Constituição, tampouco no CTN.

Resulta dessa constatação o descrédito do termo. Hugo de Brito Machado preceitua ser o conceito de operação financeira “exageradamente vago”, portanto

¹¹¹ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. pp. 112 e 113.

inadequado para a definição de qualquer fato gerador¹¹². No mesmo sentido, Raquel Cristina Ribeiro Novais observa que albergar diferentes tributos sob a categoria genérica de imposto sobre operações financeiras – IOF – dificulta o tratamento científico da matéria, pois a expressão não possui significação jurídica relevante¹¹³.

Em virtude do maior rigor que proporciona ao delimitar o objeto de estudo, adotaremos a proposta de Roberto Quiroga Mosquera: a expressão “imposto sobre operações financeiras” não será utilizada¹¹⁴. No entanto, considerando que a sigla “IOF” é comumente empregada na legislação tributária, acolheremos as abreviaturas para esses impostos conforme preconizadas por Leandro Paulsen e José Eduardo Soares, “associada[s] à palavra que especifica qual a base tributada”¹¹⁵: IOF-Crédito, para designar o imposto sobre operações de crédito; IOF-Câmbio, para designar o imposto sobre operações de câmbio; IOF-Seguro, para designar o imposto sobre operações de seguro, e; IOF-Títulos, para designar o imposto sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários.

Caso utilize-se, em excerto doutrinário, o termo IOF, esse deve ser compreendido como um gênero, do qual os referidos impostos são espécies¹¹⁶, tratando-se, portanto, de afirmações comuns a todos. Essa advertência é relevante, pois o termo IOF é comumente empregado. Tentaremos destacar cada espécie quando pertinente, em um esforço de manutenção da terminologia adotada.

3.1.2 O IOF-Crédito no Sistema Tributário Brasileiro

A competência tributária para instituir o imposto sobre “sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores imobiliários” remonta à reforma tributária empreendida pela Emenda Constitucional 18/1965¹¹⁷ (art.

¹¹² MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 344.

¹¹³ NOVAIS, Raquel Ribeiro. Análise das normas de incidência dos impostos sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou títulos e valores mobiliários. Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Tributário à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1992. p. 21. *apud* MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. pp. 113 e 114.

¹¹⁴ MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Op.cit.* p. 155.

¹¹⁵ PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 94.

¹¹⁶ NOVAIS, Raquel Ribeiro. Análise das normas de incidência dos impostos sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou títulos e valores mobiliários. Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Tributário à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1992. p. 21 *apud* MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. pp. 113 e 114.

¹¹⁷ BRASIL. Emenda Constitucional nº 18, de 1 de dezembro de 1965. Brasília, **D.O.U.** de 6.12.1965.

14, I), extinguindo o “imposto do selo” e o imposto sobre transferência de fundos para o exterior, seus antecessores¹¹⁸. O CTN, no ano seguinte, definiu seus fatos geradores (art. 63). À época, o IOF (como gênero) “podia ter suas alíquotas e base cálculo alteradas, nas condições e limites estabelecidos em lei, por ato do Poder Executivo”, para que se ajustassem à política monetária¹¹⁹. Sobreposto à essa base, o regime jurídico desses tributos foi acrescido e alterado por várias leis supervenientes.

A legislação tributária, no entanto, em prejuízo à transparência a que deve se submeter um Estado de Direito, não é codificada – ao menos não em forma de lei em sentido estrito. O que “torna o contribuinte exposto, susceptível, a conjuntos normativos estritamente arrecadatários, descompromissados com a necessidade da construção de sistema materialmente justo”: é o que James Marins denomina de vulnerabilidade político-legislativa do contribuinte¹²⁰. Sucede que os atos do Poder Executivo, elaborados pelo próprio ente interessado na arrecadação, à propósito de regulamentar as leis vigentes, podem exceder seu escopo normativo.

Nessa ordem, por ser legislação tributária do IOF extensa e dispersa, realizamos pesquisa sistemática nas leis vigentes, com o objetivo de determinar quais serão os parâmetros utilizados para identificar os critérios de sua regra matriz, como se observa na Tabela 1

Tabela 1 – Panorama da legislação tributária (leis ordinárias) sobre IOF

Legislação vigente, inclusive alterações posteriores ¹²¹	Matéria	Síntese
Lei nº 5.143/1966	Hipótese de Incidência	Instituiu o imposto sobre operações de crédito bancário, em que o cedente é instituição financeira ¹²² , e o imposto sobre operações de seguro, definindo seus fatos geradores (art. 1º).

¹¹⁸ MOREIRA, André Mendes; GAIA, Patrícia Dantas. A Não incidência do IOF-crédito sobre os contratos de conta corrente entre empresas do mesmo grupo econômico. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n.232. p.28-41. jan. 2015. p. 29.

¹¹⁹ Conforme art. 65 do CTN, que não foi recepcionado pela Constituição de 1988. BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 140

¹²⁰ MARINS, James. **Defesa e Vulnerabilidade do Contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009.p. 28

¹²¹ Consultamos a legislação vigente referente ao gênero de tributos IOF no portal: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/legislacao/legislacao-por-assunto/imposto-sobre-operacoes-de-credito-cambio-e-seguro-ou-relativas-a-titulos-ou-valores-mobiliarios-iof>>. Acesso em: 4 de novembro de 2016. Ademais: PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹²² MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 132

Legislação vigente, inclusive alterações posteriores	Matéria	Síntese
Lei nº 5.143/1966	Critério Quantitativo	Definiu base de cálculo e alíquota do IOF-Crédito e do IOF-Seguros (arts. 2º e 3º); atualmente a matéria é regida pela Lei 8.894/94.
	Critério Pessoal	Estabeleceu contribuintes e responsáveis do IOF-Crédito e IOF-Seguros (arts. 4º e 5º); atualmente a matéria é regida pela Lei 8.894/94.
Decreto-Lei nº 73/1966	Isenção	Isenção tributária irrestrita para operações de Seguro Rural (art. 19).
Decreto-Lei nº 1.269/1973	Isenção	Isenção do IOF-Crédito relativo às operações de crédito mediante conhecimento de depósito e " warrant ", representativos de mercadorias depositadas, para exportação, em entrepostos aduaneiros (art. 1º).
Lei nº 6.313/1975	Isenção	Isenção do IOF-Crédito para as Cédulas de Crédito à Exportação e Notas de Crédito à Exportação (art. 2º)
Decreto-Lei nº 1.783/1980	Hipótese de Incidência	Institui o IOF-Câmbio e IOF-Títulos, "nos termos do art. 63 do CTN" (art. 1º, caput).
	Critério Quantitativo	Definiu alíquotas do IOF-Crédito, IOF-Seguros, IOF-Câmbio e IOF-Títulos (art. 1º, I, II, III, IV e V).
	Critério Pessoal	Modificou contribuintes e responsáveis (arts. 2º e 3º). Matéria atualmente regida pelas Leis 8.894/1994, 9.532/1997 e 9.779/1999.
Decreto-Lei nº 2.407/1988	Isenção	Isenção do IOF-Crédito sobre as operações de Crédito de fins habitacionais (art. 1º).
Decreto-Lei nº 2.471/1988	Competência	Transferiu à Secretaria da Receita Federal a competência de administração, arrecadação e fiscalização do IOF (art. 3º).
Lei nº 7.766/1989	Hipótese de Incidência	Institui o IOF-Ouro e define seu fato gerador – hipótese de incidência (arts. 1º e 8º).
	Critério Quantitativo	Define alíquota de 1% (art. 4º, parágrafo único) e base de cálculo (art. 9º) do IOF-Ouro.
	Critério Pessoal	Estabelece a instituição financeira autorizada que efetuar a primeira aquisição do ouro como contribuinte (art. 10).
Lei nº 7.827/1989	Isenção	Isenção do IOF para as operações envolvendo recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento – FNE, FNO, e FCO (art. 8º).
Lei nº 8.033/1990	Hipótese de Incidência	Instituiu novas hipóteses de incidência do IOF-Crédito, IOF-Títulos e IOF-Ouro (arts. 1º e 2º). Posteriormente, foram declaradas inconstitucionais pelo STF e tiveram sua execução suspensa pelo Senado Federal as hipóteses dos incisos II, III e V, do art. 1º ¹²³ . Permanecem em vigor as hipóteses relativas ao IOF-Títulos de transmissão ou resgate de títulos a valores mobiliários e transmissão de ações de companhias abertas e das consequentes bonificações emitidas (art. 1º, I e IV).

¹²³ Os incisos II e III do art. 1º da Lei 8.033/90 foram incidentalmente declarados inconstitucionais pelo STF, vide RE 214.571 AgR/SP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 214571 AgR. relator: Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 22/03/1999, DJ 27-08-1999.); ambos os incisos tiveram sua execução suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 52, de 1999. O RE 232.467/SP declarou por unanimidade a inconstitucionalidade do art. 1º, V, da Lei 8.033/90 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 232467, relator: Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/1999, DJ 12-05-2000.), que teve sua execução suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 28, de 2007.

Legislação vigente, inclusive alterações posteriores	Matéria	Síntese
Lei nº 8.033/1990	Critério Quantitativo	Define base de cálculo (art. 3º) e alíquotas (art. 5º) das hipóteses sobre as quais dispõe, inclusive estabelecendo obrigações acessórias e possibilidade de antecipação do pagamento com alíquota reduzida (art. 6º e ss.).
	Critério Pessoal	Estabelece contribuintes para as hipóteses de incidência sobre as quais dispõe (art. 9º).
Lei nº 8.402/1992	Isenção	Restabelece as isenções do IOF sobre operações de financiamento realizadas mediante emissão de conhecimento de depósito e warrant representativos de mercadorias depositadas para exportação em entrepostos aduaneiros, operações de financiamento realizadas por meio de cédula e nota de crédito à exportação e operações de câmbio realizadas para o pagamento de bens importados (art. 1º, XI, XII e XIII).
Lei nº 8.894/1994	Critério Quantitativo	Estabelece alíquota máxima de 1,5% ao dia para o IOF-Crédito e IOF-Títulos, que poderá ser alterada pelo executivo observado esse limite; para os contratos derivativos estabelece a alíquota máxima de 25% sobre o valor da operação (art. 1º). Estabelece alíquota de 25% sobre o valor da operação cambial para o IOF-Câmbio, que pode ser reduzida e restabelecida tendo em vista os objetivos das políticas monetária, cambial e fiscal (art. 5º). Define o valor da operação (base de cálculo) relativo ao IOF-Crédito e IOF-Títulos (art. 2º).
	Critério Pessoal	Estabelece contribuintes do IOF-Crédito, IOF-Títulos (art. 3º) e IOF-Câmbio e, no caso do IOF-Câmbio o responsável por seu recolhimento (art. 6º).
	Isenção	Isenção do IOF para a Academia Brasileira de Letras, a Associação Brasileira de Imprensa e o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (art. 6º-A, incluído pela Lei nº 13.353, de 2016). Revogou isenções (art. 10).
	Poder Regulamentar	Confere ao Poder Executivo competência para regulamentar sua matéria (art. 7º).
Lei nº 8.929/1994	Isenção	Afasta a incidência do IOF sobre negociações envolvendo a Cédula de Produto Rural – CPR (art. 19, §2º).
Lei nº 9.440/1997	Isenção	Autoriza a isenção do IOF nas operações de câmbio realizadas para pagamento dos bens importados (art. 1º, VII).
Lei nº 9.532/1997	Hipótese de Incidência	Instituiu o IOF-Crédito sobre operações de <i>factoring</i> (art. 58).
	Critério Quantitativo	Definiu como alíquota do IOF-Crédito sobre operações de <i>factoring</i> as mesmas alíquotas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimo praticadas pelas instituições financeiras (Art. 58, §1º).
	Critério Pessoal	Definiu como responsável pelo recolhimento a empresa de <i>factoring</i> adquirente do direito creditório (art. 58, §2º).
Lei nº 9.718/1998	Critério Quantitativo	Estabelece a alíquota de 25% do IOF nas operações de seguro – IOF-Seguro (art. 15).
Lei nº 9.779/1999	Hipótese de Incidência	Instituiu o imposto sobre operações de crédito não bancário, em que o cedente não é instituição financeira (art. 13, caput), entre pessoas jurídicas, ou entre pessoa jurídica e pessoa física. Considera-se ocorrido o fato gerador na data da concessão do crédito (art. 13, §1º).

Legislação vigente, inclusive alterações posteriores	Matéria	Síntese
Lei nº 9.779/1999	Critério Quantitativo	O IOF-Crédito não financeiro é disciplinado pelas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras” (art. 13, caput).
	Critério Pessoal	Define a empresa cedente como responsável pelo recolhimento (art. 13, §2º).
Lei nº 11.076/2004	Isenção	Isenção do IOF sobre as operações envolvendo Certificado de Depósito Agropecuário e Warrant Agropecuário (art. 18).
Lei nº 12.543/2011	Isenção	Dispensa a exigência do IOF sobre contratos derivativos em relação aos fatos geradores ocorridos entre 27 de julho de 2011 e 15 de setembro de 2011 (art. 5º).

Fonte: elaborada pelo autor.

A pesquisa realizada conduz a uma constatação relevante: na legislação consultada, não há qualquer menção à novação como hipótese de incidência do IOF-Crédito. Nesse sentido, o Decreto nº 6.306/2007, inovou em seu art. 3º, §1º, VI c/c art. 7º, §§ 7º a 11, hipótese analisada na seção 3.1.6 (infra), na qual oportunamente explora-se o resultado da pesquisa em confronto com o disposto no Decreto nº 6.306/2007.

Além disso, é possível estabelecer os diplomas legislativos que disciplinam o IOF-Crédito, de modo específico¹²⁴:

- (1) Lei nº 5.143/1966;
- (2) Decreto-Lei nº 1.783/1980;
- (3) Lei nº 8.033/1990;
- (4) Lei nº 8.894/1994;
- (5) Lei nº 9.532/97 (IOF-Crédito sobre operações de *factoring*);
- (6) Lei nº 9.779/1999 (IOF-Crédito não financeiro).

Esse amparo normativo é o lastro da exposição subsequente e seu parâmetro de confronto com a realidade.

3.1.3 A expressão “operações de crédito”

Investigaremos o critério material do IOF-Crédito a partir do conceito da expressão “operação de crédito”, de forma genérica. Nesse momento, dada a amplitude do tributo, a exposição é detida a uma noção abrangente de sua regra-

¹²⁴ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 132.

matriz, consoante consolidou-se na doutrina. Após, analisa-se com maior rigor a hipótese de incidência sobre a novação.

3.1.3.1 O conceito de “operação”

Um profícuo debate prosperou a respeito da regra-matriz do extinto imposto sobre circulação de mercadorias (ICM); o resultado é um consenso amadurecido a respeito do sentido do termo “operação”¹²⁵. Dentre os trabalhos mais referenciados sobre o tema, cumpre destacar a tese de livre-docência de Paulo de Barros Carvalho, “A Regra Matriz do ICM”, e o artigo “Núcleo da Definição Constitucional do ICM” de Geraldo Ataliba e Cleber Giardino¹²⁶, publicado na Revista de Direito Tributário, no ano de 1983, à época reportando-se a Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº1/1969.

Os estudos sobre o ICM foram utilizados para interpretar a extensa gama de hipóteses de incidência do IOF (como gênero). Com efeito, Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo observam que “todas as diferentes bases econômicas reunidas sob a sigla IOF apresentam, contudo, um elemento comum, qual seja, o termo ‘operações’”¹²⁷; a qual tem-se atribuído um sentido bastante específico: operações como negócios jurídicos¹²⁸. Nesse sentido, Geraldo Ataliba e Cleber Giardino consignam que operações “configuram atos jurídicos, atos relevantes para o Direito. Operações como atos regulados pelo Direito; atos a que o Direito atribui efeitos jurídicos. Negócios jurídicos, mais propriamente”¹²⁹.

Assim, para Sacha Calmon “[o IOF] é tipicamente imposto sobre negócios jurídicos específicos”¹³⁰. Roberto Quiroga Mosquera conclui que “sendo negócio

¹²⁵ XAVIER, Alberto. IOF – Inconstitucionalidade das novas incidências do IOF em geral e sobre o ouro em especial. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 1, n. 52, p.97-109, 1990. p. 99. TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. Fundamentos e limites constitucionais da extrafiscalidade do "IOF". **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n.223, p.71-88, abr. 2014. p. 72. MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 116.

¹²⁶ Utiliza-as: BARRETO, Aires Fernando. ISS e IOF - Estremação da incidência - Descontos como elementos adjetivos. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.163, p.109-131, abr. 2009. p. 112. MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. pp. 116 e 117.

¹²⁷ PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 94

¹²⁸ Ibidem. p. 94.

¹²⁹ ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. Núcleo da Definição Constitucional do ICM. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 25, n. 26, p.101-119, dez. 1983. p. 107.

¹³⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 447.

jurídico bilateral, não podem existir operações consigo mesmo”: há sempre alguém que cede crédito a outra pessoa, contraposta na relação obrigacional¹³¹.

O debate amadurecido autoriza a identificação das seguintes funções (V-normas constitutivas) caracterizadoras do fato institucional operação, em sentido amplo: é ato voluntário (i) que produz efeitos jurídicos (ii).

3.1.3.2 O conceito de “crédito”

Crédito é um termo suficientemente explorado e debatido no âmbito do Direito Privado. Aires Fernando Barreto define crédito como “a facilidade que alguém tem para obter adiantamento de dinheiro”, de modo que sua existência depende de um vínculo de confiança¹³². Assim, Raquel Novais e Marco Antônio Behrndt concluem que “‘operações de crédito’, em sentido amplo, seriam todos os negócios jurídicos em que alguém efetua uma prestação presente, confiando em uma contraprestação futura”¹³³. No mesmo sentido, Aliomar Baleeiro preceitua que o IOF-Crédito volta-se “às operações de crédito em geral (...) e [a]os títulos que as representam, ainda que, juridicamente, não dependam de indagação da *causa debendi*, que se presume¹³⁴.

Depreende-se da pesquisa bibliográfica um conceito uniformemente atribuído pela doutrina à expressão operações de crédito. Em conformidade com o exposto, utilizaremos doravante a definição de Roberto Quiroga Mosquera: operações de crédito são “negócios jurídicos nos quais alguém efetua uma prestação presente, contra uma contraprestação futura”¹³⁵.

Entretanto, aduz Sacha Calmon Coêlho, o conceito de crédito “é estrito e não amplo”¹³⁶. Ora, a expressão “operações de crédito” estabelece um limite semântico, porém insuficiente para, intrinsecamente, definir o âmbito de incidência do imposto. Nessa ordem, Ana Claudia Akie Utumi adverte que “muitas das operações

¹³¹ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 117.

¹³² BARRETO, Aires Fernando. ISS e IOF - Estremação da incidência - Descontos como elementos adjetivos. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.163, p.109-131, abr. 2009. p. 115.

¹³³ NOVAIS, Raquel; BEHRNDT, Marco Antônio. A não incidência do IOF nos contratos de conta-corrente entre empresas do mesmo grupo: análise da decisão do STJ no REsp n. 1.239.101/RJ. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 207. p.140-152. dez. 2012. p. 143.

¹³⁴ BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi.

¹³⁵ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 119.

¹³⁶ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 447.

encontradas no mercado podem ser confundidas com ‘operações de crédito’, inclusive pelas próprias autoridades fiscalizadoras”, destacando, como exemplo, que a securitização de recebíveis não se caracterizaria como operação de crédito, em razão da ausência de contraprestação futura¹³⁷. Diante da insuficiência da expressão “operações de crédito” para delimitar hipóteses de incidência, tentaremos apreender, na seção seguinte, os elementos constitutivos do critério material do IOF-Crédito.

3.1.4 Critério material do IOF-Crédito

Tanto o CTN (art. 63, I) quanto a CF (art. 153, V) fazem menção à expressão “operações de crédito”; seu sentido, contudo, não é suficientemente delimitado (seção 3.1.3, *supra*). No plano da legislação ordinária vigente (seção 3.1.2, *supra*) identificamos os seguintes elementos característicos da hipótese de incidência do IOF-Crédito financeiro, em seu aspecto material:

(1) o sentido de operações de crédito é desdobrado em “operações de empréstimo, de abertura de crédito, e de desconto de títulos”¹³⁸ (art. 2º, I e art. 3º, I, ambos da Lei nº 5.143/1966 e art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 1.783/1980; nesse caso há menção a “empréstimos sob qualquer modalidade”¹³⁹);

(2) a Lei nº 8.033/1990 (art. 1º, V) definiu como operação de crédito os “saques efetuados em cadernetas de poupança”¹⁴⁰, no entanto esse dispositivo teve sua execução suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 28/2007, após declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (vide RE nº 232467/SP);

(3) O art. 13 da Lei nº 9.779/1999, que instituiu o IOF-Crédito não financeiro “segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras”¹⁴¹, explicita que o sentido de operações de crédito era historicamente compreendido como aquelas realizadas por instituição financeira. Assim, para ampliar o âmbito de incidência do tributo, foi necessário instituir nova modalidade mediante lei ordinária. Depreende-se o mesmo (a necessidade de participação de instituição financeira para incidência do IOF-Crédito

¹³⁷ UTUMI, Ana Cláudia Akie. A Possibilidade da Cobrança do Imposto sobre Operações de Crédito não-financeiro. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 1, n. 76, p.165-172, 1999. p. 168.

¹³⁸ BRASIL. Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966. Brasília, **D.O.U.** de 24.10.1966.

¹³⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980. Brasília, **D.O.U.** de 22.4.1980.

¹⁴⁰ BRASIL. Lei nº 8.033, de 12 de abril de 1990. Brasília, **D.O.U.** de 13.4.1990.

¹⁴¹ BRASIL. Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999. Brasília, **D.O.U.** de 20.1.1999.

financeiro) da atribuição da responsabilidade pelo recolhimento do tributo a tais entes (art. 5º, I, da Lei nº 5.143/1966 e art. 3º, I, do Decreto-Lei nº 1.783/1980).

Resultam, portanto, duas constatações explícitas; e uma outra, assim entendemos, implícita. Os dois elementos evidentes do IOF-Crédito financeiro são: (1) a ocorrência de operações de empréstimo sob qualquer modalidade, de abertura de crédito, e de desconto de títulos; (3) a participação de instituição financeira nessas operações.

Há ainda a constatação não evidente de que a competência tributária para instituir o IOF-Crédito é restrita. Diante de (2), pode-se concluir que as hipóteses de incidência instituídas por lei, os empréstimos em suas diversas modalidades e todos os negócios definidos como operações de crédito por atos normativos secundários devem ser confrontados com a base econômica do tributo, concretamente. Nesse jaez, convém apresentar trecho do voto condutor do min. Ilmar Galvão, no supracitado RE nº 232467/SP, em que foi declarada a inconstitucionalidade do art. 1º, V, da Lei 8.033/1990:

“O saque em conta de poupança, por não conter promessa de prestação futura e, ainda, por não revestir de propriedade circulatória, nem, tampouco configurando título destino a assegurar a disponibilidade dos valores por ele representados, é fora de dúvida que não pode ser compreendido no conceito de operação de crédito nem no de operação relativa a títulos ou valores, cuja emissão, transmissão, pagamento ou resgate possa configurar ato jurídico afeiçoado a qualquer das hipóteses de incidência do IOF.”¹⁴²

Ora, trata-se de precedente que enfrenta concretamente a conformidade de determinado ato jurídico com os limites semânticos da expressão “operações de crédito. Sucede que, conforme consignamos em (P.1), uma teoria puramente descritiva dos fatos institucionais é materialmente inviável – sobretudo nesse caso, em que tratamento legislativo é especialmente vago. Portanto, cumpre elaborar uma teoria prescritiva devidamente fundamentada. Esse exame, que parte do direito positivo, deve explicitamente indicar as razões que sustentam a teoria prescritiva e reduzem a matiz de arbitrariedade semântica intrínseca aos conceitos vagos.

A definição do critério material permanece insuficientemente concreta; é, no entanto, o parâmetro descritivo disponível. Com efeito, a amplitude do tributo é

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 232467/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno, julgado em 29/09/1999. **Diário da Justiça**. Brasília, 12.05.2000. p. 13.

destacada por Sacha Calmon, que delimita o “fato gerador” do IOF-crédito como “negócios jurídicos de mútuo de dinheiro em suas diversas modalidades”¹⁴³.

Consoante os elementos destacados, Roberto Quiroga Mosquera assim enuncia o critério material do IOF-Crédito: “realizar operações, com instituição financeira, de empréstimo sob qualquer modalidade, de abertura de crédito e de desconto de títulos”¹⁴⁴. Adotaremos essa definição, com um acréscimo: é necessário confrontar casuisticamente e de modo explicitamente fundamentado cada suposta incidência do tributo com os conceitos até então apresentados – servirão como parâmetro de controle (P.3.i,iv).

Uma última observação é pertinente: o conceito de “empréstimos sob qualquer modalidade”. Caio Mário da Silva Pereira destaca que “empréstimos” é uma categoria que engloba os contratos de mútuo e de comodato¹⁴⁵. Diante dessa distinção, Roberto Quiroga Mosquera argumenta que a única espécie de empréstimo relevante, em matéria de IOF-Crédito, é o mútuo, pois essa é a atividade típica das instituições financeiras, sendo o comodato atividade vedada a tais entidades¹⁴⁶. Decorre que se pode compreender “empréstimos sob qualquer modalidade” como contratos de mútuo.

Rigorosamente, “o mútuo praticado pelas instituições financeiras é de natureza comercial porque a atividade bancária é comercial”¹⁴⁷ e “gera obrigações apenas para o mutuário, consistente na devolução do principal, juros, correção ou comissão. O mutuante a nada se obriga, porque já cumpriu sua prestação”¹⁴⁸.

Firmados esses conceitos, analisa-se os demais critérios da hipótese de incidência do IOF-Crédito financeiro.

¹⁴³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 447.

¹⁴⁴ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 133.

¹⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. vol. iii. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Revista e atualizada por Caitlin Mulholland. p. 311.

¹⁴⁶ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 134.

¹⁴⁷ LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios Jurídicos Bancários**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 112.

¹⁴⁸ ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Revista, atualizada e ampliada pelo Des. Carlos Henrique Abrão. p. 108.

3.1.5 Critério espacial do IOF-Crédito

Não há menção expressa na legislação tributária a respeito do critério espacial do IOF-Crédito¹⁴⁹. Não obstante, Roberto Quiroga Mosquera aduz que o critério espacial do imposto é o território nacional, pois esse é o plano de validade da Lei nº 5.143/1966, que o instituiu¹⁵⁰ (P.3.ii).

3.1.6 Critério temporal do IOF-Crédito

O critério temporal do IOF-Crédito é definido pelo art. 1º, I, da Lei nº 5.143/1966, como o momento “da entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado”¹⁵¹. No art. 3º, §1º, incisos I a VII, do Decreto nº 6.306/2007, o critério temporal é especificado para cada hipótese de incidência, disposição que não se afasta, contudo, do parâmetro da disponibilidade do valor¹⁵² (P.3.iii).

3.1.7 Premissa (P.3)

O quanto foi por ora exposto confere uma visão geral da base econômica do IOF-Crédito (o que, por si só, já autoriza a afirmação de que se trata de tributo cuja hipótese de incidência é bastante ampla). Assim, é possível formular (P.3):

(P.3) a hipótese de incidência do IOF-Crédito financeiro é, genericamente, “realizar operações, com instituição financeira, de empréstimo sob qualquer modalidade, de abertura de crédito e de desconto de títulos”¹⁵³ (i); no território brasileiro (ii); no momento da disponibilidade dos valores (iii); no entanto, é necessário confrontar concretamente e de modo explicitamente fundamentado cada suposta incidência do tributo com os limites semânticos dos critérios apresentados (iv).

A partir desse marco teórico, cumpre destinar atenção específica à uma das suas hipóteses: a novação, conforme definida pelo art. 3º, §1º, VI c/c art. 7º, §§ 7º a 11, do Decreto nº 6.306/2007, que é a hipótese concreta sobre a qual se debruça o trabalho, objeto da seção subsequente.

¹⁴⁹ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 135.

¹⁵⁰ Ibidem. pp. 135 e 136.

¹⁵¹ BRASIL. Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966. Brasília, **D.O.U.** de 24.10.1966.

¹⁵² MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 136.

¹⁵³ Ibidem, p. 133.

3.2 O Decreto nº 6.306/2007 e a novação como hipótese de incidência

A propósito de regulamentar o IOF (a rigor, dispõe sobre vários tributos), o Decreto nº 6.306/2007 – RIOF, inclusive suas alterações posteriores, enumera hipóteses de incidência de modo mais específico que as leis ordinárias até então examinadas (art. 3º). Uma dessas hipóteses é a incidência do IOF-Crédito sobre a novação, composição, consolidação, confissão de dívida e negócios assemelhados, conforme art. 3º, §1º, VI c/c art. 7º, §§ 7º a 11.

A incidência do IOF-Crédito sobre a novação da recuperação judicial é o problema curial deste trabalho. Importa apresentar, portanto, o regime estabelecido pelo RIOF para a hipótese. Nesse particular, descontadas as limitações próprias desta pesquisa, as referências bibliográficas são raras. Destarte, é necessário examinar diretamente os enunciados normativos que concernem ao tema. Ei-los:

“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.

§1º Entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito:

(...)

VI - na data da novação, composição, consolidação, confissão de dívida e dos negócios assemelhados, observado o disposto nos §§7º e 10 do art. 7º;

(...)

Art. 7º A base de cálculo e respectiva alíquota reduzida do IOF são:

(...)

§ 1º O IOF, cuja base de cálculo não seja apurada por somatório de saldos devedores diários, não excederá o valor resultante da aplicação da alíquota diária a cada valor de principal, prevista para a operação, multiplicada por trezentos e sessenta e cinco dias, acrescida da alíquota adicional de que trata o §15, ainda que a operação seja de pagamento parcelado.

§2º No caso de operação de crédito não liquidada no vencimento, cuja tributação não tenha atingido a limitação prevista no §1º, a exigência do IOF fica suspensa entre a data do vencimento original da obrigação e a da sua liquidação ou a data em que ocorrer qualquer das hipóteses previstas no §7º.

§3º Na hipótese do §2º, será cobrado o IOF complementar, relativamente ao período em que ficou suspensa a exigência, mediante a aplicação da mesma alíquota sobre o valor não liquidado da obrigação vencida, até atingir a limitação prevista no §1º.

(...)

§7º Na prorrogação, renovação, novação, composição, consolidação, confissão de dívida e negócios assemelhados, de operação de crédito em que não haja substituição de devedor, a base de cálculo do IOF será o valor não liquidado da operação anteriormente tributada, sendo essa tributação considerada complementar à anteriormente feita, aplicando-se a alíquota em vigor à época da operação inicial.

§8º No caso do §7º, se a base de cálculo original for o somatório mensal dos saldos devedores diários, a base de cálculo será o valor renegociado na operação, com exclusão da parte amortizada na data do negócio.

§9º Sem exclusão da cobrança do IOF prevista no §7º, havendo entrega ou colocação de novos valores à disposição do interessado, esses constituirão nova base de cálculo.

§10. No caso de novação, composição, consolidação, confissão de dívida e negócios assemelhados de operação de crédito em que haja substituição de devedor, a base de cálculo do IOF será o valor renegociado na operação.

§11. Nos casos dos §§8º, 9º e 10, a alíquota aplicável é a que estiver em vigor na data da novação, composição, consolidação, confissão de dívida ou negócio assemelhado.”

(...)

§15. Sem prejuízo do disposto no caput, o IOF incide sobre as operações de crédito à alíquota adicional de trinta e oito centésimos por cento, independentemente do prazo da operação, seja o mutuário pessoa física ou pessoa jurídica.

(...)

§17. Nas negociações de que trata o § 7º não se aplica a alíquota adicional de que trata o § 15, exceto se houver entrega ou colocação de novos valores à disposição do interessado.”¹⁵⁴

Sistematiza-se o regime do crédito não-rotativo por meio de uma linha cronológica de sua fenomenologia:

(1) Incidência do IOF-Crédito (principal) sobre operação de crédito cujo valor não seja apurado por somatório de saldos devedores diários (exceto crédito rotativo):

(1.1) Prazo superior a 365 dias: há um limite quantitativo do IOF-Crédito para cada operação que consiste no valor da alíquota diária, multiplicada por 365 (art. 7º, §1º, do RIOF), acrescida da alíquota adicional de 0,38% (art. 7º, §15, do RIOF). Assim, a alíquota máxima, para mutuário pessoa jurídica é de 1,8765% (0,0041% ao dia x 365 dias + 0,38%), incidente no momento da disponibilidade dos valores (art. 3º, §1º, I, do RIOF)¹⁵⁵;

(1.2) Prazo inferior a 356 dias: em caso de inadimplemento, a exigência do IOF fica suspensa entre a data do vencimento original da obrigação e a da sua liquidação ou a data da novação e operações assemelhadas (art. 7º, §2º, do RIOF). Nesse caso, haverá incidência complementar do IOF-Crédito, apurada conforme a alíquota diária vigente à época da operação original aplicada ao período de suspensão da exigência, desde que respeitada a alíquota máxima (art. 7º, §3º, do RIOF). Ou seja, a incidência do IOF-Crédito (complementar) se restringe abstratamente ao período de suspensão entre o inadimplemento e o 365º dia posterior à operação principal, pois

¹⁵⁴ BRASIL. Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007. Regulamento do IOF. Brasília, **D.O.U.** de 17.12.2007 e retificado em 8.1.2008.

¹⁵⁵ Leonardo Freitas de Moraes Castro observa que “nos casos de mútuo com valor definido e prazo determinado, o IOF-Crédito terá como limite o valor resultante da aplicação da alíquota diária a cada valor de principal, prevista para a operação, multiplicada por 365 dias, acrescida da alíquota adicional de 0,38%, não obstante a forma de pagamento do principal (*i.e.*, à vista ou parcelado)” CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. IOF sobre empréstimos concedidos por meio de cédula de crédito bancário e notas promissórias comerciais: importantes diferenciações sobre os aspectos material e quantitativo de sua hipótese de incidência. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 229, p.68-76, out. 2014. p. 70.

esse é o limite quantitativo do tributo. O IOF-Crédito complementar é devido no momento da liquidação ou da realização de novação ou negócios assemelhados.

(2) Em face de inadimplemento, é realizada novação ou negócios assemelhados:

(2.1) Caso não sejam disponibilizados novos valores, sem substituição do devedor: a tributação do IOF-Crédito será complementar (art. 7º, §7º, do RIOF), portanto estará limitada quantitativamente. É indevida, nessa hipótese, a alíquota adicional de 0,38% (art. 7º, §17, do RIOF). Assim, o IOF-Crédito complementar para novações e negócios assemelhados sem substituição do devedor e sem disponibilidade de novos valores só é devido nas operações de prazo inferior a 365 dias;

(2.2) Caso sejam disponibilizados novos valores, considera-se realizada nova operação (art. 7º, §9º, RIOF), sujeita à incidência conforme item (1);

(2.3) Caso ocorra substituição do devedor, considera-se realizada nova operação no montante do valor renegociado (art. 7º, §10, RIOF), sujeita à incidência conforme item (1).

Em suma, nos termos do RIOF, só é possível tributar a novação nos casos em que a operação inicial tem prazo inferior a 365 dias, ou, considerando-se realizada nova operação, quando há disponibilização de novos valores ou substituição do devedor. Nesse sentido é a disposição da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (IN/RFB) nº 907/2009, com alteração recente por meio da IN/RFB nº 1.609/2016:

“Art. 3º As operações de crédito com prazo inferior a 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, se não liquidadas no vencimento, ficarão sujeitas à incidência de imposto complementar, na forma dos §§ 2º e 3º do art. 7º do Decreto nº 6.306, de 2007.

(...)

§ 3º A prorrogação, a renovação, a novação, a composição, a consolidação, a confissão de dívida e os negócios assemelhados das operações de créditos com prazo de vencimento superior a 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias sem substituição do devedor não ensejarão cobrança de IOF complementar sobre o saldo não liquidado da operação anteriormente tributada. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1609, de 19 de janeiro de 2016)”¹⁵⁶

De outro turno, nas operações realizadas à prazo superior a 365 dias, Leonardo Freira Castro preconiza que “a alíquota máxima será aplicável no momento da concessão do referido mútuo, não havendo incidência periódica do referido

¹⁵⁶ BRASIL. Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 907, de 9 de janeiro de 2009. Brasília, **D.O.U.** de 14.01.2009.

imposto, mas tão somente, em um único momento, ainda que o contrato dure, por exemplo, dez anos ou mais”¹⁵⁷.

Assim, há um complexo sistema de tributação complementar – inclusive dispondo sobre alíquota adicional e alíquota máxima – disciplinado pelo RIOF que não encontra guarida no CTN, tampouco na legislação ordinária. Examinar a possibilidade de exorbitância de competência, nesse particular, é questão instigante, mas que extrapola o objeto desta pesquisa. Interessa-nos, especificamente, a incidência do IOF-Crédito sobre a novação.

Não existe qualquer previsão, na legislação ordinária, da novação como hipótese de incidência do IOF-Crédito (seção 3.1.2, *supra*). Essa constatação, contudo, não autoriza de imediato a conclusão de que a novação não se sujeita à incidência do IOF-Crédito, ou que o regime estabelecido pelo RIOF é ilegal. Na verdade, surge a necessidade de aferir concretamente a conformidade do instituto da novação com os parâmetros do critério material do tributo (P.3). Afinal, caso a novação afigure-se, de fato, uma operação de crédito, prever sua incidência em regulamento (e aqui nos afastamos das questões atinentes ao critério quantitativo) é mera discriminação do que já foi abstratamente estabelecido em lei. Verificada essa hipótese (novação é uma operação de crédito), reputaremos legítimo o regime estabelecido pelo RIOF – como o é presumidamente – para as considerações ulteriores. Para tanto, cumpre investigar a natureza jurídica do supracitado instituto.

3.3 Sobre a interpretação de institutos de direito privado

O CTN, em seus arts. 109 e 110 estabeleceu regras de interpretação dos institutos de direito privado, importa esclarecê-las antes de examinar a novação propriamente. Sobre o problema da interpretação de institutos de outros ramos do Direito, Amílcar de Araújo Falcão observa a existência de duas correntes doutrinárias. A primeira sustenta que “se o legislador tributário expressamente não alterou ou modificou aqueles conceitos [de direito privado ou de outro ramo do direito], inevitável é o seu pleno acolhimento. É essa a chamada corrente tradicional”¹⁵⁸. Há ainda a

¹⁵⁷ CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. IOF sobre empréstimos concedidos por meio de cédula de crédito bancário e notas promissórias comerciais: importantes diferenciações sobre os aspectos material e quantitativo de sua hipótese de incidência. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 229, p.68-76, out. 2014. p. 71.

¹⁵⁸ FALCÃO, Amílcar de Araújo. Interpretação e Integração da Lei Tributária. **Revista de Direito Administrativo da FGV**, Rio de Janeiro, v. 40, p.24-37, 1955. p. 30.

corrente denominada germânica, “que recomenda seja a lei tributária interpretada funcionalmente, levando em conta a consistência econômica do fato gerador, a normalidade dos meios adotados para atingir certos fins e a finalidade ou função que o tributo instituído vai desempenhar”, contraposta àquela¹⁵⁹.

Ora, trata-se de trabalho anterior à vigência do Código Tributário Nacional e que evidencia a expressa adoção da corrente tradicional nos termos do art. 110 do CTN¹⁶⁰. Nessa ordem, Luciano Amaro argumenta que “o instituto do direito privado é ‘importado’ pelo direito tributário com a mesma conformação que lhe dá o direito privado, sem deformações, nem transfigurações”¹⁶¹. Assim, “à vista da realização do negócio jurídico “x” (definido pelo direito privado), haverá a consequência de tal ou qual partícipe do negócio tornar-se sujeito passivo de determinado tributo”.

Alfredo Augusto Becker, com fulcro no que denomina de “cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico”¹⁶², arremata a questão:

“(…) as regras jurídicas que geram as relações jurídicas tributárias são regras jurídicas organicamente enquadradas num *único* sistema que constitui o ordenamento jurídico emanado de um Estado. Desta homogeneidade sistemática (homogeneidade essencial para o funcionamento de qualquer organismo e, portanto, essencial para a certeza *do direito* que deve derivar o organismo jurídico), decorre a consequência de que a regra de Direito Tributário ao fazer referência a conceito ou instituto de outro ramo de Direito, assim o faz, aceitando o mesmo significado jurídico que emergiu daquela: expressão (fórmula ou linguagem literal legislativa), *quando ela entrou para o mundo jurídico* naquele outro ramo do Direito. Somente há deformação ou transfiguração pelo Direito Tributário, quando este, *mediante regra jurídica*, deforma ou transfigura aquele conceito ou instituto; ou melhor, quando o Direito Tributário cria uma nova *regra jurídica*, tomando como “dado” (matéria-prima para elaboração da nova regra jurídica) o “construído” (o conceito ou instituto jurídico de outro ramo do Direito).”¹⁶³

Cabe, ainda uma advertência, consoante destaca Hugo de Brito Machado Segundo a respeito do art. 109 do CTN: “os princípios do direito privado serão úteis para determinar o significado de tais expressões; mas não terão o condão,

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 30.

¹⁶⁰ “Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Brasília, **D.O.U.** de 27.10.1966 e retificado em 31.10.1966.

¹⁶¹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 233.

¹⁶² BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 129. Conferir item 31 e nota de rodapé 361 da obra. É por essa razão, sobretudo, que o Autor sustenta ser a autonomia de qualquer ramo do Direito um problema falso (*Ibidem*, p. 32).

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 132 e 133.

naturalmente, de lhes determinar os efeitos tributários, os quais serão definidos pela legislação tributária”¹⁶⁴.

3.4 O instituto da novação – noção tradicional

Nesta seção abordaremos (Q.4) “O que é uma novação?” sem pretensão crítica, por meio de pesquisa bibliográfica, a propósito de estabelecer seu conceito, suas modalidades e seus efeitos.

A doutrina tradicional é uníssona sobre o conceito de novação. Caio Mário da Silva Pereira conceitua novação como “a constituição de uma obrigação nova, em substituição de outra que fica extinta”¹⁶⁵ (P.4.ii). Para Antunes Varela, a novação é uma causa extintiva das obrigações distinta do cumprimento¹⁶⁶; consubstancia-se na “convenção pela qual as partes extinguem uma obrigação, mediante a criação de uma nova obrigação em lugar dela”¹⁶⁷. Arnaldo Rizzardo preconiza que, na novação, “extingue-se uma obrigação e surge uma outra nova. Mais propriamente, cria-se uma obrigação para extinguir a anterior”¹⁶⁸. Poithier aduz que “o efeito da novação consiste em extinguir a primeira dívida da mesma maneira que o faria um pagamento real e efetivo”¹⁶⁹. Em suma, cessa de existir a dívida novada, pois foi paga indiretamente pela celebração de uma nova obrigação.

Nessa ordem, Orlando Gomes destaca três elementos essenciais para a constituição de uma novação: “a) existência jurídica de uma obrigação – *obligatio novanda*; b) constituição de nova obrigação – *aliquid novi*; c) *animus novandi*.”¹⁷⁰

A novação pode ser: a) objetiva, quando há “substituição do seu objeto principal, por modificação da sua natureza ou, ainda, por alteração na causa ou no título de que ela deriva”¹⁷¹ (art. 360, I, do Código Civil de 2002 – CC/02); b) subjetiva, quando há substituição do devedor ou credor na nova obrigação¹⁷² (art. 360, II, do

¹⁶⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional**: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003. São Paulo: Atlas, 2013. p. 226.

¹⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: teoria geral das obrigações. vol. ii. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. p. 233

¹⁶⁶ VARELA, Antunes. **Das Obrigações em Geral**. vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 229.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 230.

¹⁶⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 415.

¹⁶⁹ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**. Campinas: Servanda, 2012. p. 523.

¹⁷⁰ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Revista e atualizada por Edvaldo Brito. p. 167.

¹⁷¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 663

¹⁷² *Ibidem*, pp. 663 a 665.

CC/02); ou, c) subjetivo-objetiva, em que “se conjugam a alteração subjetiva e objetiva”¹⁷³ (art. 360, III, do CC/02) (P.4.iii).

Assim, a característica peculiar da novação, que a distingue de outros negócios assemelhados, é a extinção da obrigação anterior, dirigida pelo *animus novandi* (art. 361, do CC/02). Decorre que, salvo estipulação em contrário, a novação opera a extinção de todos os acessórios da dívida primitiva: juros moratórios, cláusula penal e garantias reais e fidejussórias¹⁷⁴, inclusive sem o consentimento do fiador (arts. 364 e 366, do CC/02) (P.4.iv).

Enfim, embora não o digam expressamente os civilistas, a novação é negócio jurídico típico, pois é ato voluntário que produz efeitos jurídicos prescritos em lei¹⁷⁵ (P.4.i).

3.4.1 Premissa (P.4)

Com esteio nas lições apresentadas, formulamos (P.4):

(P.4) A novação é negócio jurídico (i) que tem por objeto “a constituição de uma obrigação nova, em substituição de outra que fica extinta” (ii), pode ser subjetiva ou objetiva (iii) e suprime, salvo estipulação em contrário, todos os acessórios da dívida extinta (iv).

3.4.2 Hipótese da novação como operação de crédito

Conforme expusemos, há na novação o aspecto essencial da *aliquid novi* – a constituição de nova obrigação – (uma de suas V-normas constitutivas). Assim, por se tratar de negócio jurídico (que pode ser compreendido como operação num contexto mercantil), cuja realização engloba a celebração de nova obrigação (que pode compreender crédito, caso a prestação seja disponibilizar valor à prazo) importa reconhecer a admissibilidade da denominada “hipótese da novação como operação de crédito” (vide seção 3.2, *supra*, *in fine*). Resulta que utilizaremos como referência válida o RIOF, em suas disposições a respeito da novação como hipótese de incidência do IOF-Crédito.

¹⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: teoria geral das obrigações. vol. ii. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. p. 238.

¹⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit. pp. 667 e 668.

¹⁷⁵ “Por negócio jurídico entende-se a declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos voluntariamente perseguidos”. *Ibidem*. p. 213.

4 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO IOF-CRÉDITO SOBRE A NOVAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

4.1 A natureza jurídica da novação “sui generis” da recuperação judicial

Nesta seção, com fundamento nas premissas firmadas, sobretudo a par do “problema do essencialismo jurídico” (seção 2.2.3.1, *supra*), do “problema da ambiguidade típica dos fatos institucionais” (seção 2.2.4.3, *supra*) e de um viés institucionalista, conforme sistematização empreendida por Marcelo Guerra (seção 2.2.4, *supra*), tentaremos apresentar uma resposta para (Q.5):

(Q.5) O que é a novação da recuperação judicial?

4.1.1 Novação como um efeito da recuperação judicial

A princípio, cumpre colacionar o entendimento doutrinário sobre o tema. Nesse aspecto, observam Uinie Caminha e Sarah Marinho, “a pesquisa não se mostra simples, uma vez que a doutrina especializada no estudo dos regimes concursais não costuma se aprofundar sobre o tema [da novação], e a construção jurisprudencial referente à matéria ainda é tímida”¹⁷⁶. Concluem que a novação da recuperação judicial tem natureza contratual, no entanto distinta da novação do Direito Civil por seus efeitos, notadamente a manutenção das garantias e a possibilidade de reversão do regime concursal¹⁷⁷. Com efeito, ponderam que a novação do art. 59 possui, “assim como no direito civil, natureza contratual, decorrente da vontade das partes, com a ressalva de que, no âmbito do regime concursal, ocorrerá se verificada a vontade da maioria”¹⁷⁸.

O STJ firmou entendimento sobre o tema. Sintetiza-se no seguinte excerto da ementa do REsp 1.326.888/RS, veiculado no Informativo nº 540 do STJ, de maio de 2014:

“1. A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, caput, da Lei n. 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou

¹⁷⁶ CAMINHA, Uinie; MARINHO, Sarah Morganna Matos. A Novação na Recuperação Judicial: análise das peculiaridades da aplicação do instituto de direito civil ao direito falimentar. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 18, n. 1, p.135-150, abr. 2013. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4489/2482>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

¹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 148 e 149.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 141.

substituídas "mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia", por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação *sui generis* e sempre sujeita a uma condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005). (...)”¹⁷⁹

Depreende-se que o Tribunal atribui à novação da recuperação judicial uma natureza *sui generis*, em razão de duas peculiaridades: a) manutenção das garantias; b) sujeita-se a condição resolutiva.

Ora, embora pareça correto afirmar que a novação tem feição contratual, essa característica não é suficientemente rigorosa para lhe determinar a natureza jurídica; isso porque importa não confundir (ou é necessário distinguir) o plano de recuperação judicial de seus efeitos. De fato, “na recuperação judicial prevalece a autonomia privada da vontade das partes interessadas para alcançar a finalidade recuperatória”, razão pela qual a sentença que a homologa não pode dispor a respeito do conteúdo do plano¹⁸⁰. Entretanto, trata-se a novação de um ato integrante desse procedimento complexo?

Ocorre que “o plano de recuperação judicial implica novação”¹⁸¹ (art. 59, da Lei nº 11.101/2005 – LRE). Implicar significa “trazer como consequência, envolver, importar”, ou “ser a causa de; originar”¹⁸². Portanto, é razoável a conclusão de que a dita “novação” é consequência do plano de recuperação judicial. Mais propriamente: é a consequência, por prescrição de lei, de um fato jurídico; isto é, é efeito desse fato jurídico (o plano de recuperação judicial).

Tratar a novação da recuperação judicial como um efeito jurídico não é necessariamente incompatível com o que expusemos; é, na verdade, indiferente. Para o Direito Comercial, importa efetivamente a determinação das consequências da aprovação do plano de recuperação judicial. Assim, a categoria da “novação”, quando muito, é definida por uma seção destacada nos manuais a respeito dos efeitos da recuperação judicial. De outro turno, essa definição é relevante para o Direito Tributário, pois um negócio jurídico – e operações de crédito são negócios jurídicos (P.3) – jamais poderá ser constituído por lei. As novações tidas como fatos imponíveis são fatos, contratos reais. A “novação” do art. 59, da LRE, não representa um negócio

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1326888/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 08/04/2014, **DJe** 05.05.2014.

¹⁸⁰ CAMPINHO, Sergio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 11.

¹⁸¹ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Lei de Falência e Recuperação Judicial. Brasília, **D.O.U.** de 9.2.2005 – edição extra.

¹⁸² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [1980?]. p. 923.

jurídico concreto, decorre a rigor, de outro instituto – esse sim concretizável: a aprovação do plano de recuperação judicial. Essa é uma apresentação inicial da tese que desenvolveremos nas seções subsequentes. Cumpre, por ora, consignar que ela não pretende infirmar o entendimento dominante do STJ ou a natureza contratual dos efeitos vinculados à recuperação judicial, mas conferir-lhes maior profundidade.

É possível constatar, mesmo na doutrina falimentar, que a “novação” do art. 59, da LRE por ora denominada de novação-efeito, como abreviação de novação-efeito-da-recuperação-judicial, embora utilizada, provisoriamente, sem rigor em relação à sua categoria), não guarda semelhança com instituto da novação do Direito Civil (será denominada, também provisoriamente, de novação-instituto), conforme definido em (P.4).

Com efeito, Fábio Ulhoa Coelho adverte a respeito de uma peculiaridade da novação decorrente do plano de recuperação judicial: é condicional. Isto é, “caso se verifique a convolação da recuperação judicial em falência, os credores retornam, com todos os direitos, ao *status quo ante*”¹⁸³. Assim, a novação da recuperação judicial submete-se à uma “cláusula resolutiva tácita”, condicionada à decretação de falência do devedor¹⁸⁴. No mesmo sentido, Rachel Szejn e Vera Helena reconhecem a novação como um dos efeitos da recuperação judicial e observam que “caso a recuperação se transmude em falência, a novação operada deixa de ser eficaz” (art. 61, § 2o, LRE)¹⁸⁵. Conforme (P.4), a característica fundamental da novação-instituto é a extinção da obrigação primitiva; aspecto em que difere da condição resolutiva tácita da novação-efeito. Essa é a primeira distinção.

Demais, Amador Paes de Almeida pondera que a sentença concessiva da recuperação judicial é constitutiva, pois “criando uma situação nova, implicando novação dos créditos (art. 59), altera sensivelmente as relações do devedor com seus credores”¹⁸⁶. Ao discorrer sobre os efeitos da recuperação judicial, assevera que “o plano de recuperação judicial envolve novação de dívidas e, uma vez deferido o pedido de recuperação judicial, devem os credores a ela submeter-se”, sendo-lhes

¹⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 156

¹⁸⁴ Ibidem, p. 160.

¹⁸⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 246.

¹⁸⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 242.

assegurada a manutenção das garantias de seus créditos¹⁸⁷. José Pacheco complementa afirmando que a aprovação do plano de recuperação judicial “implica ou envolve novação dos créditos anteriores ao pedido por que passa a ter eficácia o constante do referido plano”, e isso independe de qualquer modificação “em relação à natureza, valor, forma ou classe de novas dívidas substitutivas das anteriormente existentes”¹⁸⁸.

Arnaldo Rizzardo, ao discorrer sobre a renegociação de dívidas bancárias decorrentes de financiamentos, observou que “o mais grave, porém, está em que, embora a novação, ficam mantidas as garantias reais que protegiam as dívidas antes da renegociação”. Argumenta que, uma vez extinta a obrigação anterior, não poderá subsistir qualquer tipo de garantias – no caso, cédulas de crédito bancário – “uma vez que unicamente dirigidas para os financiamentos específicos” e efetivamente extintos¹⁸⁹. Depreende-se que a manutenção de garantias de obrigações anteriores é absolutamente incompatível com a noção tradicional de novação (em seu conceito), bem como regime jurídico que lhe é próprio, insculpido no Código Civil. Essa é a segunda distinção entre a novação-efeito e a novação-instituto.

Por fim, Fábio Ulhoa Coelho argumenta que se o plano de recuperação judicial estabelece, por exemplo, “a substituição de determinada garantia real por outra de menor valor” o credor prejudicado será obrigado a acatar o mérito do plano, ainda que se considere prejudicado. Afinal, “mesmo os que haviam se oposto ao plano e votado por sua rejeição devem se curvar à decisão judicial respaldada na maioria dos credores”¹⁹⁰. Essa é a terceira distinção: a novação-efeito é plurilateral e pode obrigar a quem com ela não concordou. Tentaremos explicar a razão dessa diversidade, apesar da coincidência do termo “novação”.

4.1.2 O termo “novação”

Analisaremos os sentidos do termo “novação” a partir da estratégia institucionalista (vide seção 2.2, *supra*), sobretudo a partir do direito positivo, à luz do

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 254.

¹⁸⁸ PACHECO, José da Silva. **Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 209.

¹⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 414.

¹⁹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 156

“problema do essencialismo jurídico”, para reformular criticamente, ou esclarecer, a noção apresentada pela doutrina.

O termo *novação* é utilizado dez vezes pelo Código Civil¹⁹¹ – CC/02; é possível verificar dois sentidos distintos associados ao termo:

(1) *novação* como um instituto (art. 262, parágrafo único, intitula o Capítulo VI, art. 362, art. 364, art. 364, *in fine*, art. 365, art. 366, art. 367, art. 814, §1º);

(2) *novação* como efeito de constituição de uma obrigação nova, em substituição de outra que fica extinta (art. 360, *caput*).

Há ainda um terceiro sentido do termo, conforme previsto no RIOF¹⁹²:

(3) *novação* como fato imponible (arts. 3º, §1º, VI e 7º, §§ 7º a 11).

Na categoria (1), é possível perceber que os usos do termo “*novação*” têm função sintática de sujeito da oração, ao qual se atribui um predicado; quando não na ordem direta, na ordem indireta. Ilustrativamente: “a *novação* extingue os acessórios e garantias da dívida (...)”¹⁹³ (art. 364, do CC/02). Trata-se, a rigor, de uma norma constitutiva de valor (V-norma), que tem a função de definir os valores institucionais da *novação*, na forma “se Y, então é normativamente possível Z, em que Z representa as possibilidades normativas de agir”. No caso, o dispositivo atribui à *novação*-instituto (Y-expressão) o valor institucional de extinguir os acessórios e garantias da dívida (Z-expressão):

(S.11) “Se Y, então é normativamente possível Z”.

(S.12) Se (*novação*), então é normativa possível (a extinção dos acessórios e garantias da dívida).

Outro exemplo: “importa exoneração do fiador a *novação* feita sem seu consentimento com o devedor principal”¹⁹⁴ (art. 366, do CC/02). Embora na ordem inversa, o termo “*novação*” é o sujeito da oração e, novamente, é empregado no sentido de *novação*-instituto. No particular, atribui-se à *novação*-instituto (Y-expressão) a funcionalidade de exonerar o fiador, mesmo sem seu consentimento. O que se percebe em todos os casos da categoria (1) é a existência de normas que definem a estrutura da

¹⁹¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, D.O.U. de 11.1.2002.

¹⁹² BRASIL. Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007. Regulamento do IOF. Brasília, D.O.U. de 17.12.2007 e retificado em 8.1.2008.

¹⁹³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, D.O.U. de 11.1.2002.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

instituição, conferindo-lhe funcionalidades ou valores institucionais (V-normas constitutivas).

Assim, o termo “novação” é empregado como uma Y-expressão. Ocorre que, em razão do “problema da ambiguidade típica dos fatos institucionais”, as Y-expressões denominam tanto os institutos, quanto os fatos institucionais que deles decorrem.

Tratando-se, no caso, de normas que conferem valores institucionais, V-normas constitutivas, adotaremos a proposta de Marcello Guerra (seção 2.2.4.3, *supra*) para diferenciar a Y-expressão que denomina um instituto, (V)Y-expressão, da Y-expressão que denomina um fato institucional (E)Y-expressão. Destarte, estabelecemos, definitivamente, o sentido de E-novação como uso do termo que designa um instituto, abrangendo todas as suas funcionalidades institucionais (Z-expressões).

Na categoria (2) vislumbra-se um uso peculiar do termo, que é bastante semelhante àquele empregado no art. 59, da LRE. O CC/02 o faz unicamente no art. 360: “dá-se a novação: I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior; (...)”¹⁹⁵. Ora, é razoável atribuir à expressão “dá-se” o sentido de “resultar, redundar”, ou “ter determinado resultado”¹⁹⁶. Decorre que a “novação” é consequência, ou o resultado, da contração de nova dívida para extinguir uma anterior.

Ou seja, o dispositivo associa a extinção da dívida anterior em razão da celebração de nova obrigação ao termo “novação”, vinculando o efeito característico do instituto ao termo que o denomina. Conclui-se que o efeito da novação tradicionalmente se confunde com o seu conceito (C.5.i). Para esclarecer, convém apresentar novamente uma das referências que utilizamos na seção 3.4, *supra*: “o efeito da novação consiste em extinguir a primeira dívida da mesma maneira que o faria um pagamento real e efetivo”¹⁹⁷. Destarte, é possível constatar que o art. 360, do CC/02, em ordem indireta, associa a definição do efeito da novação, em suas diversas modalidades (incisos I, II e III), ao termo novação (*caput*).

¹⁹⁵ “Art. 360. Dá-se a novação: I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior; II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor; III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, **D.O.U.** de 11.1.2002.

¹⁹⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [1980?]. p. 520.

¹⁹⁷ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**. Campinas: Servanda, 2012. p. 523.

Naturalmente, a interpretação do dispositivo, que não se restringe à investigação do uso do termo, conduz à formulação de uma V-norma constitutiva, em que se atribui à Y-novação (a instituição) a funcionalidade de extinguir uma obrigação por meio da constituição de uma nova (Z-expressão). Evidencia, outrossim, a ambiguidade do termo, que é utilizado, no caso, como representativo de uma Z-expressão.

Afinal, uma formulação rigorosa do dispositivo (considerado como uma V-norma constitutiva) estabeleceria que a novação implica efeito determinado; e não o inverso. O uso do termo como uma consequência inverte a ordem causal, provoca confusão no intérprete e torna-o ambíguo. A novação-efeito, portanto, será definitivamente denominada de Z-novação, como uma potencialidade normativa. Tenta-se demonstrar que esse é o mesmo sentido impróprio empregado no art. 59, da LRE; a semelhança sintática e semântica entre “dá-se a novação” e “implica novação” já proporciona uma evidência substancial. Assim, utiliza-se a denominação artificial Z-novação, no sentido de uma funcionalidade institucional, ou o efeito de extinção de uma obrigação e constituição de uma nova; não necessariamente exclusiva do instituto da V-novação.

Por fim, na categoria (3), há o emprego do termo pela legislação tributária: “entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito (...) na data da novação (...)”¹⁹⁸ (art. 3º, §1º, VI, do RIOF). Ora, o emprego do artigo definido sugere que essa novação deve existir, como um fato institucional. Afinal, apenas comportamentos do contribuinte ensejam tributação (P.2), sejam eles situação de fato, ou de direito (um fato institucional), como no caso (art. 116, II, do CTN). Embora o conteúdo do termo “novação” seja efetivamente definido pelo Direito Privado (seção 3.3, *supra*), afigura-se que, no caso, o termo é utilizado em sua dimensão concreta, para designar a ocorrência de um fato institucional, ou de uma situação jurídica definitivamente constituída.

Conforme o CTN, “considera-se ocorrido o fato gerador (...) tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável”¹⁹⁹. A utilização do termo “novação” no RIOF para definir o

¹⁹⁸ BRASIL. Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007. Regulamento do IOF. Brasília, **D.O.U.** de 17.12.2007 e retificado em 8.1.2008.

¹⁹⁹ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Brasília, **D.O.U.** de 27.10.1966 e retificado em 31.10.1966.

momento da incidência do tributo corresponde a essa definição, pois o dispositivo trata do momento da ocorrência da “novação”, como um fato imponible, para fins de tributação. Resulta a conclusão de que o termo “novação” é empregado, no RIOF, no sentido de fato gerador, conforme a terminologia do CTN, ou fato imponible (seção 2.3.3, *supra*).

Sucedo que esse fato imponible, um comportamento do contribuinte, equivale, no caso do IOF-Crédito, a operações de crédito efetivamente realizadas, negócios jurídicos, ou, mais propriamente, fatos institucionais. Nesse caso, a legislação tributária reporta-se a uma negociação existente no mundo dos fatos (X-expressão), que vale como novação (Y-expressão), em determinado contexto (C-expressão).

Com efeito, o supracitado dispositivo integra a regra-matriz do IOF-Crédito, definindo seu critério temporal; apenas a realização concreta do antecedente – uma novação em determinado lugar e em determinado momento – enseja a consequente incidência do tributo. Depende, portanto, do amparo no mundo dos fenômenos (P.2) consubstanciado na Y-expressão, que é a situação jurídica definitivamente constituída definida pelo CTN:

(S.13) “X-expressões vale como Y-expressões no contexto C-expressões”

(S.14) acordo de vontades vale como novação no contexto do *animus novandi*

No entanto, de modo similar à categoria (1), a Y-expressão padece também do “problema da ambigüidade típica dos fatos institucionais”. No particular, tratando a categoria (3) de fatos institucionais, concretos e efetivamente idôneos a ensejar a incidência da norma tributária, utilizaremos a denominação E-novação, no sentido de uma novação definitivamente constituída no plano dos fatos institucionais.

4.1.3 Conclusão (C.5)

A partir da análise do termo “novação”, foi possível constatar o que segue:

(1) o efeito da novação tradicionalmente se confunde com o seu conceito, sendo necessária a desambigüação artificial entre V-novação (instituto) e Z-novação (efeito) (C.5.i);

(2) a “novação” idônea a ensejar a incidência de tributo é a E-novação, um comportamento do contribuinte juridicamente qualificado; portanto, um fato institucional determinado (C.5.ii).

Nessa ordem, qual sentido deve ser atribuído à novação do art. 59, da LRE? Sustentamos que, no particular, o termo “novação” deve ser compreendido como Z-novação, ou: o efeito de extinção de uma obrigação em razão da celebração de uma nova. Esse efeito decorre da aprovação do plano de recuperação judicial e constitui, portanto, a estrutura dessa instituição, integrando-lhe a natureza jurídica (P.1). A rigor, pode-se dizer que inexistente uma novação da recuperação judicial, mas sim um contrato judicial de recuperação judicial com efeito novacional²⁰⁰. Há três razões para tanto.

Primeiro, a redação do art. 59, do LRE, que dispõe: “o plano de recuperação judicial implica novação”²⁰¹, estabelecendo uma relação de causalidade. A “novação” é uma consequência da aprovação do plano de recuperação judicial (seção 4.1.1, *supra*).

Segundo, não há amparo material à realização de uma novação extrínseca ao plano de recuperação judicial. Utilizar o termo “novação”, em razão de sua ambiguidade, pode fazer parecer que, em algum momento do procedimento é realizado um negócio jurídico de novação, nos termos do CC/02. Ocorre que, na recuperação judicial, a menção do termo em lei jamais pode constituir, por lógica interproposicional²⁰², um negócio jurídico. Negócios jurídicos sempre derivam da vontade e dependem desse substrato material para que existam como fatos institucionais. O substrato material da autonomia da vontade, na recuperação judicial, é o plano de recuperação judicial, que produz os efeitos prescritos em lei, inclusive o efeito de novar as dívidas que o integram (Z-novação).

Terceiro, as três distinções (seção 4.1.1, *supra*) entre o que se denomina de novação *sui generis* da recuperação judicial e a novação tradicional do Direito Civil. Conforme (P.1), a natureza jurídica de um instituto é determinada por suas funcionalidades institucionais. Daí decorre que, ainda que se pudesse reconhecer a “novação *sui generis*” como um instituto, não seria uma novação, propriamente, mas um fenômeno assemelhado e, no entanto, essencialmente distinto. Nesse sentido, o voto do Min. Luis Felipe Salomão, no supracitado REsp 1.326.888/RS:

²⁰⁰ CAMPINHO, Sergio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. pp. 12 e 13.

²⁰¹ BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Lei de Falência e Recuperação Judicial. Brasília, **D.O.U.** de 9.2.2005 – edição extra.

²⁰² Relação interproposicional é aquela que “vem entre a proposição hipótese e a proposição consequente”. BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 332. Becker caracteriza essa relação com infalível (automática), pois essa é a lógica peculiar do instrumento jurídico. *Ibidem*, p. 330.

“a novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz, como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas "mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia", por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º).²⁰³

Por essas razões, admitir a hipótese de que o termo “novação” do art 59, da LRE, representa um efeito da recuperação judicial (Z-novação) enseja repercussão tributária. Afinal, a incidência do IOF-Crédito depende da ocorrência de um fato institucional, uma operação de crédito; ou, especificamente, uma E-novação (como um fato institucional), conforme discriminamos na categoria (3). Nesse sentido, Geraldo Ataliba aduz que, “sendo o direito abstrato, não pode alterar a realidade das coisas e do mundo fenomênico”²⁰⁴. Por conseguinte, “o vínculo obrigacional que corresponde ao conceito de tributo nasce, por força de lei, da ocorrência do fato imponível”²⁰⁵.

Sucede que, sendo a novação do art. 59, da LRE, mero efeito, não tem a materialidade necessária para a incidência tributária, pois não representa um comportamento do contribuinte (C.5.iii). Assim, formula-se a seguinte conclusão correspondente a (Q.5):

(C.5) o efeito da novação tradicionalmente se confunde com o seu conceito, sendo necessária a desambiguação artificial entre V-novação (instituto) e Z-novação (efeito) (i); a “novação” idônea a ensejar a incidência de tributo é a E-novação, um comportamento do contribuinte juridicamente qualificado; portanto, um fato institucional determinado (ii); resulta que a novação do art. 59, da LRE, mero efeito, não tem a materialidade necessária para a incidência tributária, pois não representa um comportamento do contribuinte (iii).

Entretanto, acatar essa conclusão não encerra o problema, mas o desloca. A rigor, atribui-se o valor funcional típico da novação à uma entidade distinta; o acordo de recuperação judicial. A constatação de que o termo “novação” é ambíguo e não pode representar um fato imponível, no caso da LRE, permite destinar o estudo ao verdadeiro fato juridicamente relevante sob a perspectiva tributária. Assim, se a V-novação é efeito de um fato jurídico, por que não tributar o fato que a origina? Portanto,

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1326888/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 08/04/2014, **DJe** 05.05.2014. p. 8.

²⁰⁴ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. pp. 28 e 29.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 68.

torna-se fundamental aferir se ocorre, no bojo da recuperação judicial, operação de crédito. Daí a relevância de (Q.6), à qual dedica-se a seção seguinte.

4.2 Incidência do IOF-crédito sobre a aprovação do plano de recuperação judicial

Nesta seção, apresenta-se, fundamentadamente, resposta para o seguinte questionamento:

(Q.6) É possível cobrar IOF-Crédito sobre a aprovação do plano de recuperação judicial?

4.2.1 Natureza jurídica do acordo de recuperação judicial

Na seção 4.1, *supra*, desvelamos um erro de categoria, causado pela ambiguidade do termo “novação”. Como resultado, estabelecemos que, se há um fato potencialmente apto a preencher os critérios da hipótese de incidência do IOF-Crédito, esse fato (um fato institucional) é a celebração do plano de recuperação judicial, que tem efeito novacional. Essa constatação altera fundamentalmente o foco do debate: da novação para a aprovação do plano de recuperação judicial – PRJ. Assim, a questão definitiva da incidência dependerá: da hipótese de incidência do IOF-Crédito, já definida em (P.3); das características específicas do fato sob exame – o PRJ; e dos critérios utilizados para aferir a conformidade do fato à hipótese. O tema demanda, portanto, uma última incursão conceitual, a respeito do PRJ.

A recuperação judicial é um instituto concebido para viabilizar a superação do estado de crise econômico-financeira de uma empresa, a propósito de preservar sua existência²⁰⁶. Em regra, antecede logicamente a falência, mas depende, para ser implementada, da apresentação de um plano de recuperação em acordo com os credores²⁰⁷.

Sem pretensão crítica, destacamos na doutrina especializada os elementos característicos do PRJ. Rachel Sztajn e Vera Helena Franco definem a recuperação judicial como um “negócio de cooperação celebrado entre devedor e credores, homologado pelo juiz”, negócio que se assemelha a um contrato plurilateral, cuja necessidade de homologação é uma garantia de cumprimento e fator de redução dos

²⁰⁶ CAMPINHO, Sergio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 128.

²⁰⁷ *Ibidem*, *passim*.

custos de transação²⁰⁸. No mesmo sentido, Amador Paes de Almeida pondera que, apesar de suas singularidades, a recuperação judicial tem “feição contratual, envolvendo com os credores compromissos de pagamentos a seres satisfeitos na forma estabelecida no respectivo plano”²⁰⁹.

Destarte, o primeiro aspecto peculiar é a autonomia da vontade. De modo que compete à empresa recuperanda a elaboração de um plano²¹⁰, submetido ao crivo dos credores, que podem sobre ele se manifestar ou mesmo apresentar plano alternativo²¹¹. Entretanto, a vontade de cada credor é mitigada, pois, cumpre reproduzir, mesmo os credores que se oponham ao plano e votem por sua rejeição “devem se curvar à decisão judicial respaldada na maioria dos credores”²¹². Afinal, a aprovação do PRJ tem caráter plurilateral. (P.6.1.i).

Ademais, “o resultado será submetido ao juiz”, ainda que o PRJ seja aprovado pela assembleia de credores, como condição para a concessão da recuperação judicial²¹³, que depende de homologação judicial (art. 58, LRE). Contudo, “a atuação do juiz ficará restrita à verificação das disposições legais aplicáveis ao plano”. Assim, sua função é de “guardião da legalidade”, não lhe competindo invadir o mérito do plano, reservado inteiramente às partes²¹⁴. Depreende-se uma segunda peculiaridade: a recuperação judicial, embora dirigida pela vontade dos credores, precisa ser homologada judicialmente²¹⁵ (P.6.1.ii).

Em suma, Sérgio Campinho atribui ao instituto da recuperação judicial “a natureza de um contrato judicial, com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para sua implementação”²¹⁶. Seu objeto, portanto, pode ser definido como o saneamento da “crise econômico-financeira do empresário ou da

²⁰⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 234.

²⁰⁹ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 242.

²¹⁰ CAMPINHO, Sergio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 176.

²¹¹ *Ibidem*, p. 180.

²¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 156

²¹³ *Ibidem*, p. 155.

²¹⁴ CAMPINHO, Sergio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 12.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 189.

²¹⁶ *Ibidem*. pp. 12 e 13.

sociedade empresária, pressuposto extrajurídico, matéria de fato, que varia de caso para caso”²¹⁷ (P.6.1.iii).

4.2.1.1 Premissa (P.6.1)

Nessa ordem, as características do PRJ podem ser assim sintetizadas, para formular (P.6.1):

(P.6.1) a recuperação judicial é um negócio jurídico plurilateral (i) que depende da homologação judicial (ii) e tem por objeto o saneamento da crise econômico-financeira, de conteúdo variável (iii).

4.2.2 Princípio da determinabilidade fática

Consoante (P.3), estabelecemos que o sentido da expressão “operações de crédito” pode ser desdobrado em empréstimos sob qualquer modalidade, de abertura de crédito e de desconto de títulos. Como indagar se há na recuperação judicial algum fato que corresponda a essas categorias sem que se incorra em arbitrariedade semântica? Determinados a hipótese (P.3) e a situação jurídica (P.6.1), cumpre definir os critérios da análise; o primeiro deles, em sequência lógica, será o princípio da determinabilidade fática, ou princípio da tipicidade.

Com esteio em Bühler e na doutrina alemã, Alberto Xavier argumenta que a tipicidade “traduzir-se-ia no princípio em que a Administração fiscal não deve ter em mãos cláusulas gerais para a exigência de impostos, antes as circunstâncias de fato de que depende o tributo devem estar fixadas o mais rigorosamente possível numa formulação legal – o *Tatbestand*”²¹⁸. Ademais, como corolário da tipicidade, Alberto Xavier discorre sobre o princípio da seleção, estabelecendo que “o legislador não pode descrever o tributo pela utilização de conceito ou cláusula geral abrangendo todo o quadro das situações tributáveis”²¹⁹.

Revela-se, diante do âmbito de incidência desse princípio, um problema ainda não resolvido: “a questão dos conceitos indeterminados e cláusulas gerais” que, para Luis Shoueri, está relacionado ao inafastável grau de vagueza ocasionado pelo

²¹⁷ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 234.

²¹⁸ XAVIER, Alberto. **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 61.

²¹⁹ Idem. Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva. São Paulo, Dialética, 2002. p. 18.

emprego das palavras²²⁰. Luis Schoueri assevera que sempre existirão, “ao lado de situações claramente incluídas na hipótese abstrata e de outra claramente excluídas, aquelas que se colocarão em área de penumbra em que, em última instância, o poder Judiciário é que definirá se há, ou não, a incidência”²²¹.

Essa inevitabilidade da vagueza, ou, conforme expusemos, a impossibilidade de uma teoria puramente descritiva do Direito é explorada em (P.1). Assim, diante do limite descritivo de uma norma, torna-se o intérprete responsável por prescrever, de forma explícita e fundamentada, seu conteúdo, de modo que o discurso prescritivo deverá encontrar fundamento no próprio “empreendimento”²²² que é a instituição analisada. Com efeito, trata-se de um problema não específico de qualquer ramo do Direito, mas próprio da linguagem.

As abordagens disponíveis são tão numerosas quanto as potencialidades de sentido da expressão. Em razão da particularidade da questão, afeita ao Direito Tributário, adotaremos Humberto Ávila como referência, no aspecto da tipicidade; isto é, para a aferir à conformidade da aprovação do plano de recuperação judicial à expressão “operações de crédito”.

Com fundamento nos arts. 5º, II e 150, I, da CF, Humberto Ávila preconiza a existência de um princípio da determinabilidade fática (ou tipicidade) cujo conteúdo “estabelece que as leis são as únicas fontes aptas a instituir obrigações tributárias”, limitando materialmente a atividade administrativa²²³. O Autor apresenta uma síntese do conteúdo do princípio da determinabilidade fática, conforme a jurisprudência do STF, em dois aspectos: a) “a própria lei deve determinar todos os elementos essenciais da obrigação tributária”; b) “a lei também deve estabelecer os critérios essenciais para a decisão a ser tomada pelos outros Poderes”²²⁴.

Nessa ordem, Humberto Ávila sustenta que, para realizar um processo de concretização das hipóteses de incidência dos tributos, “deve-se constatar, no caso concreto, se a hipótese de incidência atende às determinações constitucionais de

²²⁰ SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 380.

²²¹ *Ibidem*, p. 380.

²²² Terminologia de Dworkin para remeter ao “conceito contestado [sobre o que é uma determinada realidade institucional], que internaliza a justificação geral da instituição de maneira a torná-la utilizável para a formulação de distinções na esfera da própria instituição”. Distinção, explica o Autor, entre o que é “razoável supor que os jogadores fazem quando consentem com a regra da aplicação da penalidade” DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 164

²²³ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 376.

²²⁴ *Ibidem*, p. 378.

competência e aos princípios substancialmente conexos (inclusive aos direitos fundamentais em seus aspecto objetivo)”²²⁵ (P.6.2.ii). Nessa ordem, conclui:

“Para saber os limites da exigência de determinação fática, “deve-se perguntar em que medida aquela exigência, enquanto determinação prévia e absoluta de todos os elementos da obrigação tributária na lei, é atingível por meio da linguagem, e o que é (e pode ser) o consequente significado preliminar do “texto da norma” para a aplicação do Direito; de outro, deve-se perguntar quais são as exigência de determinação decorrentes dos princípios constitucionais e em que medida a exigência de determinação fática deve ser cumprida (o que evidentemente depende, em termos ontológicos, da medida em que o mandamento da determinação pode ser cumprido).”²²⁶ (P.6.2.i)

O princípio revela-se compatível com (P.1), na medida em que as razões para uma teoria prescritiva sobre a norma tributária, a concretizar a hipótese de incidência, são explicitamente definidas e estritamente jurídicas, pois o critério da determinabilidade fática é amparado nos princípios específicos do Direito Tributário, utilizados em função interpretativa²²⁷.

4.2.2.1 Premissa (P.6.2)

A par desse referencial, é possível formular (P.6.2), que serve de critério (ou justificativa de uma teoria prescritiva) para a análise subsequente:

(P.6.2) é necessário determinar “o que é (e pode ser) o consequente significado preliminar do “texto da norma” para a aplicação do Direito” (i); que deve concretamente atender às determinações constitucionais de competência e aos princípios substancialmente conexos (inclusive aos direitos fundamentais em seus aspecto objetivo)” (ii).

A primeira etapa, de determinação abstrata do sentido da norma, é objeto da seção 3.1.3, *supra*, em que são explorados, na medida do possível, os aspectos semânticos da hipótese de incidência, delimitada em (P.3). Diante da necessidade de concretização dessa hipótese, recorrer-se às determinações constitucionais de competência tributária pertinentes; sobretudo à extrafiscalidade típica do IOF-Crédito e ao princípio da capacidade contributiva, consoante os fundamentos metodológicos apresentados.

²²⁵ *Ibidem*, p. 380.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 381 e 382.

²²⁷ “ (...) os (sobre)princípios exercem função interpretativa, na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 123.

4.2.3 O acordo de recuperação judicial é uma “operação de crédito”?

Tradicionalmente, tem-se relacionado a expressão “operações de crédito” aos contratos bancários. Com efeito, Aramy Dornelles da Luz assevera: os financiamentos bancários têm sido “chamados e caracterizados propriamente como operações de crédito”²²⁸. Não fosse assim, praticamente qualquer obrigação, v.g. uma compra e venda de automóvel à prazo, estaria submetida ao IOF-Crédito em sua modalidade não financeira, porque presentes os fatores negócio jurídico e crédito.

Na verdade, conforme seção 3.1.3, *supra*, o IOF-Crédito financeiro volta-se aos mútuos mercantis, à abertura de crédito e ao desconto de títulos. De imediato, a noção de PRJ não sugere qualquer identidade com as referidas operações, tipicamente bilaterais. Com efeito, o PRJ estrema-se da noção tradicional de operação, como negócio jurídico bilateral, em dois aspectos, firmados em (P.6.1): é plurilateral e requer homologação judicial. A distinção essencial entre ambos pode ser sistematizada a partir de três argumentos.

Primeiro, o plano de recuperação judicial é plurilateral e, portanto, uno. Decerto há um aspecto creditício no PRJ, sendo necessária uma proposta de satisfação dos interesses dos credores; mas o plano é ainda mais amplo, e abrange de modo sistemático o desempenho econômico e financeiro da empresa recuperanda. É possível cogitar de uma interpretação – equivocada, em nosso entender – que considera cada relação jurídica afetada pelo PRJ uma operação individualizada. Assim, seria possível sustentar a ocorrência de inúmeras operações de crédito, nos termos definidos pelo plano. A propósito, na Ilustração 1 é possível observar uma das cláusulas de pagamento estabelecidas no PRJ do Grupo Alta Paulista:

²²⁸ LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios Jurídicos Bancários**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. pp. 111 e 112.

Ilustração 1 – Trecho do plano de recuperação judicial apresentado pelo Grupo Alta Paulista



(e) Credores com garantia real acima de R\$ 100.000,00

Aos credores desta subclasse será aplicado deságio de 70% (setenta por cento) sobre o valor nominal do crédito de cada um. O saldo remanescente de 30% (trinta por cento) será pago mensalmente com base no percentual devido por cada credor em relação à dívida resultante dos valores desta subclasse, somados aos credores quirografários (cláusula 5.2.4 item “e”), com recursos da RAD, tendo previsão inicial de pagamento o mês de abril de 2013.

Os credores com garantia real que detiverem créditos, igual ou superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) que optarem por receber na forma descrita na cláusula 4.1.7, deverá manifestar expressamente sua vontade formalmente por correspondência a ser protocolizada pelos representantes legais da devedora, em até 5 (cinco) dias úteis anteriores a primeira convocação da AGC.

Caso o saldo total do FIDC não seja suficiente para a liquidação da totalidade dos créditos dos credores aderentes a esta forma de pagamento, a diferença será liquidada na forma definida no primeiro parágrafo deste item.

Fonte: SÃO PAULO. Vara única da comarca de Junqueirópolis. Processo nº 311.01.2011.001074-2. Partes: Alta Paulista indústria e Comércio Ltda. (em recuperação judicial) e outras.

Sob essa perspectiva, cada um dos credores com garantia real com crédito superior a R\$ 100.000,00 poderia acatar a proposta apresentada pela empresa devedora. Afinal, essa é a dinâmica própria das obrigações bilaterais. Ocorre que a plurilateralidade própria do PRJ, embora não suprima a autonomia da vontade, importa na sua unicidade. O credor X, incluso no grupo apresentado, ainda que tenha interesse na proposta apresentada pelo PRJ, depende, para o implemento da obrigação, do consentimento dos outros credores, não apenas os de sua categoria, mas de todas as classes de crédito, para que seja aprovado o plano e, por conseguinte, modificada sua relação jurídica com a empresa devedora.

Destarte, o PRJ, não pode ser compreendido de modo fracionado, como um somatório de renegociações individualizadas, pois a aprovação, rejeição ou modificação do plano, de modo plurilateral, compete à assembleia de credores (art. 38, I, a), da LRE). Além de uma proposta ordenada de pagamentos, o PRJ conforma, sobretudo, “a *expertise*” do profissional da área econômico-financeira e administrativa, estes sim os grandes astros do procedimento, pois o convencimento dos credores

decorrerá da maestria da área técnica e não da argumentação jurídica”²²⁹. Na Ilustração 2 verifica-se essa abrangência a partir do sumário do mesmo PRJ, do Grupo Alta Paulista:

Ilustração 2 – Sumário do plano de recuperação judicial apresentado pelo Grupo Alta Paulista



SUMÁRIO

1. RAZÕES E ASPECTOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	4
2. HISTÓRICO DAS EMPRESAS	5
2.1 BREVE HISTÓRICO	5
2.2 INFORMAÇÕES TÉCNICAS	5
2.2.1 ORIGEM DA CANA (ÁREAS PRÓPRIAS E DE TERCEIROS)	5
2.2.2 CAPACIDADE DE PRODUÇÃO	5
2.3 FUNÇÃO SOCIAL – EMPREGOS DIRETOS E SEUS REFLEXOS	6
2.4 PRINCIPAIS CLIENTES	6
2.5 PRINCIPAIS FORNECEDORES	6
2.6 ORGANOGAMA ATUAL	7
3. ESTRUTURA DO ENDIVIDAMENTO	7
3.1 CREDORES CONCURSAIS	8
3.1.1 CLASSE I – CREDORES TRABALHISTAS	8
3.1.2 CLASSE II – CREDORES COM GARANTIA REAL	8
3.1.3 CLASSE III – CREDORES QUIROGRAFÁRIOS	9
3.1.4 CREDORES EXTRACONCURSAIS	9
4. PLANO DE RECUPERAÇÃO	9
4.1 DOS MEIOS EMPREGADOS NA RECUPERAÇÃO	9
4.1.1 REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA E ASSOCIAÇÕES	9
4.1.2 OPORTUNIDADES DE NEGÓCIOS DESTINADOS A READEQUAÇÃO DE SUAS ATIVIDADES	9
4.1.3 EMISSÃO DE QUOTAS E ALTERAÇÕES DO CONTROLE SOCIETÁRIO	10
4.1.4 ALIENAÇÃO TOTAL OU PARCIAL DE ATIVOS	10
4.1.5 AUMENTO DA PRODUTIVIDADE AGRÍCOLA	11
4.1.6 NOVAÇÃO DE DÍVIDA DO PASSIVO E EQUALIZAÇÃO DE ENCARGOS FINANCEIROS E OUTRAS AVENÇAS	11
4.1.7 QUOTAS DO FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITO CREDITÓRIO NÃO – PADRONIZADO (“FUNDO”)	11
5. PLANO DE PAGAMENTO	15
5.1 PROJEÇÕES DO FLUXO DE CAIXA	16
5.2 PROPOSTA DE PAGAMENTO	17
5.2.1 DISPOSIÇÕES GERAIS AOS CREDORES	17
5.2.2 CREDORES TRABALHISTAS	17
5.2.3 CREDORES COM GARANTIA REAL	18
5.2.4 CREDORES QUIROGRAFÁRIOS	19
5.3 COMPENSAÇÃO	20
5.4 CREDORES FINANCIADORES	20
6. DISPOSIÇÕES FINAIS	20
7. ANEXOS	23

Paula
J,

Fonte: SÃO PAULO. Vara única da comarca de Junqueirópolis. Processo nº 311.01.2011.001074-2. Partes: Alta Paulista indústria e Comércio Ltda. (em recuperação judicial) e outras.

²²⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 245.

Assim, a recuperação judicial caracteriza-se como “um somatório de providência de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas”²³⁰ indissociável em operações individualizadas.

Da perspectiva de uma instituição financeira credora, v.g., o PRJ caracterizar-se-ia como um fato econômico, pela circulação da moeda, e um fato contábil, pelo lançamento; nesses aspectos, seria absolutamente semelhante a uma operação de crédito ordinária. No entanto, juridicamente, a natureza do fato subjacente à circulação de moeda e ao lançamento contábil é bastante peculiar e distinta dos contratos bancários típicos. Esse é o aspecto relevante para aferir a incidência do tributo, afinal “[o IOF] é tipicamente imposto sobre negócios jurídicos específicos”²³¹.

A dinâmica própria do IOF aparenta ser equivalente a qualquer movimentação financeira, devendo ser recolhido à vista desses registros contábeis, de modo semelhante à extinta CPMF, que tinha por critério material a circulação de moeda²³². Contudo, essa não é a hipótese de incidência abstratamente descrita em lei para o IOF-Crédito. Embora a aprovação do plano de recuperação judicial e a celebração de uma operação de crédito tenham efeitos absolutamente semelhantes sob a ótica contábil, o negócio de base que os origina tem natureza diversa. Isto é, o fato jurídico (ou situação jurídica definitivamente constituída) é o único fato relevante para a incidência do IOF-Crédito, e não sua repercussão contábil ou econômica.

Segundo, o plano de recuperação judicial requer homologação judicial para tornar-se definitivamente constituído. Dessa forma, o PRJ, como um fato institucional, ou uma situação jurídica potencialmente tributável, só se torna “definitivamente constituída[o], nos termos da legislação aplicável” (art. 116, II, do CTN)²³³, no momento da homologação judicial, em que é concedida a recuperação judicial. Cuidar-se de elemento particular do instituto, inexistente em qualquer tipo de contrato bancário ou nas obrigações em geral, regidas preponderantemente pela autonomia da vontade.

²³⁰ CAMPINHO, Sergio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 10.

²³¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 447.

²³² MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Direito Monetário e Tributação da Moeda**. São Paulo: Dialética, 2006. p. 161.

²³³ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Brasília, **D.O.U.** de 27.10.1966 e retificado em 31.10.1966.

Terceiro, inexistiria definição dos aspectos consequentes do IOF-Crédito para essa hipótese. Sendo a aprovação do plano de recuperação judicial um único fato jurídico (cumprir repisar: “assemelha-se a contrato plurilateral”²³⁴, a estabelecer uma série de providências), como poderia ser calculada a base de cálculo e alíquota sem qualquer disciplina específica em relação à essa característica?

Enfim, a ausência de previsão expressa, as peculiaridades do instituto que o distinguem dos empréstimos sob qualquer modalidade, da abertura de crédito e do desconto de títulos (P.3), e a inexistência de um critério quantitativo compatível com a hipótese denunciam a carência de tipicidade (ou determinabilidade fática) estabelecida em lei, tampouco no RIOF, para a situação concreta.

Não obstante essas três razões possam fundamentar suficientemente uma interpretação de desconformidade entre a aprovação do PRJ e a hipótese de incidência do IOF-Crédito, há que se examinar os princípios constitucionais pertinentes, em função interpretativa (P.6.2), para reforçá-la ou enfraquecê-la, a propósito de apresentar mais fundamentos expressos da teoria prescritiva que se tem propugnado (P.1).

4.2.3.1 IOF-Crédito e função extrafiscal

Os tributos do gênero IOF, observa Roberto Quiroga Mosquera, “além do seu caráter arrecadatório por natureza, sofrem forte influência de caráter político”²³⁵. Com efeito, Hugo de Brito Machado destaca que a função extrafiscal dos tributos “é mais frequente do que se pode imaginar, até porque isso não impede que ele seja, ao mesmo tempo, um instrumento de arrecadação”²³⁶. Desse modo, exercem dupla função: fiscal e extrafiscal. Cumpre examinar que interpretação sobre a incidência do IOF-Crédito sobre a aprovação do PRJ melhor prestigia essas funções; por ora, a extrafiscal.

Sobre a função extrafiscal dos tributos do gênero IOF, Roberto Quiroga Mosquera assevera:

“o IO/Crédito, o IO/Câmbio, e o IO/Títulos, pelas suas características constitucionais, são instrumentos que servem de auxílio ao Governo Federal na administração da política cambial, creditícia ou monetária. Representam as aludidas exações, em certas ocasiões, mecanismos que inibem, reduzem,

²³⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 234.

²³⁵ MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 99.

²³⁶ MACHADO, Hugo de Brito. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 117.

amenizam ou eliminam a prática de determinadas operações não desejadas pelas autoridades econômicas”²³⁷

O objeto da incidência, no particular, seria a aprovação do PRJ. Nessa ordem, cumpre indagar se a recuperação judicial é instituto que merece ser estimulado ou inibido. Ora, o princípio da preservação da empresa, expresso na LRE (art. 47), é evidência suficiente de que a recuperação judicial é sempre preferível à falência, seja pela manutenção da atividade econômica, seja por sua função social. Aliás, Sérgio Campinho qualifica a recuperação judicial como um instituto de Direito Econômico, na perspectiva de um instrumento indutivo na ordem econômica:

“A recuperação judicial, segundo perfil que lhe reservou o ordenamento, apresenta-se como um somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade auto-sustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores (cf. artigo 47). Nessa perspectiva, é um instituto de Direito Econômico.”²³⁸

Decorre a evidente inexistência de qualquer propósito extrafiscal na hipótese de incidência do IOF-Crédito sobre a aprovação do PRF. Pelo contrário, a incidência, nesse caso, inibiria um comportamento que merece estímulo em face dos princípios da ordem econômica e da própria Lei nº 11.101/05. Daí a inferência de que, no particular, remanesceria tão somente a função fiscal do tributo.

4.2.3.2 Recuperação judicial e princípio da capacidade contributiva

Hugo de Brito Machado Segundo reconhece que “as normas jurídicas são elaboradas em razão da valoração de fatos. E essa valoração decorre, por sua vez, também de outros fatos”²³⁹. Daí surge um pertinente e derradeiro questionamento: a possibilidade de incidência do IOF-Crédito sobre a aprovação do PRJ é compatível com o valor que orienta a tributação, a capacidade contributiva? Em outros termos, a aprovação do PRJ representa um signo presuntivo de riqueza?

Com efeito, pondera Becker: “a exemplo dos arquipélagos, apenas os prolongamentos da renda e do capital emergem no mundo jurídico, a fim de participarem, como fato jurídico presuntivo, na composição da hipótese de incidência

²³⁷ MOSQUERA, Roberto Quiroga. Op. Cit. p. 98.

²³⁸ CAMPINHO, Sergio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. pp. 10 e 11.

²³⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O Direito e sua Ciência: Uma Introdução à Epistemologia Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 87

da regra jurídica de tributação”²⁴⁰. Afinal, é a capacidade contributiva “que determina a equitativa repartição dos encargos tributários entre os contribuintes”²⁴¹.

Felipe Medaglia e Renato Nunes destacam que, em relação ao IOF-Câmbio, a “denotação da capacidade contributiva é representada pelas manifestações de vontade das partes do negócio, isto é, de vender comprar moeda estrangeira e de receber/pagar o preço”²⁴². Para o problema apresentado, surge uma relação semelhante: o negócio (acordo de recuperação judicial) denota capacidade contributiva para fins de incidência do IOF-Crédito?

Para subsidiar a resposta, cumpre definir capacidade contributiva, em sua dimensão objetiva. Para Regina Helena Costa, “a capacidade contributiva absoluta ou objetiva funciona como pressuposto ou fundamento jurídico do tributo, ao condicionar a atividade de eleição, pelo legislador, dos fatos que ensejarão o nascimento de obrigações tributárias”²⁴³.

Tratando-se de tributo predominantemente extrafiscal, a Regina Helena Costa observa a existência de duas correntes a respeito da relação entre extrafiscalidade e princípio da capacidade contributiva: uma corrente entende ser a extrafiscalidade exceção ao princípio, enquanto a outra sustenta sua higidez, mesmo nos tributos extrafiscais. A Autora pondera ser mais razoável o “entendimento que prestigia a convivência entre a atuação extrafiscal e a observância do postulado da capacidade contributiva”, de modo que a incidência do princípio seja atenuado em face dos objetivos perseguidos²⁴⁴. Nesse sentido, André Folloni argumenta:

“a capacidade contributiva tem voz nos tributos extrafiscais, por outros motivos racional e juridicamente válidos: levá-la em consideração, sob um ponto de vista, contribuirá com a eficiência da tributação extrafiscal e, de outro lado, contribuirá para que se evite situações de desrespeito à isonomia.”²⁴⁵

Resulta a seguinte constatação: ainda que se tratasse de hipótese de tributação extrafiscal, seria relevante investigar a existência de capacidade contributiva. Assim, pondera Alberto Xavier, “nem todas as situações da vida

²⁴⁰ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 539.

²⁴¹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.p. 96.

²⁴² NUNES, Renato; MEDAGLIA, Felipe. A não-incidência de IOF sobre as operações de câmbio simbólico. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n.179. p.145-160. ago. 2010. p. 156.

²⁴³ COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 25.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 69.

²⁴⁵ FOLLONI, André. Isonomia Na Tributação Extrafiscal. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p.201-220, jan-jun 2014. p. 210.

abstratamente suscetíveis de desencadear efeitos tributários podem ser designadas pelo legislador como fatos tributários”²⁴⁶.

Nessa ordem, Diego Sales Seoane, discorrendo sobre o IOF-Crédito, destaca que “a materialidade tributária deve estar ligada a uma manifestação de riqueza” e apresenta o problema do mútuo gratuito, argumentando que “por não configurar fato presuntivo de riqueza tanto para o mutuante quanto para o mutuário, não pode servir de materialidade tributária”²⁴⁷.

Considerados esses subsídios, a aprovação do PRJ carece de capacidade contributiva objetiva. Afinal, o ônus da tributação será suportado, consoante afirma Nereida Horta, pelas pessoas físicas ou jurídicas tomadoras de crédito, “os contribuintes que efetivamente assumem o encargo tributário” do IOF-Crédito”²⁴⁸; especificamente, a empresa recuperanda. Ocorre que o processo de recuperação judicial, promovido pela própria empresa devedora, tem por desiderato a superação de uma crise econômico-financeira²⁴⁹. Na verdade, o pedido de recuperação judicial é uma declaração de incapacidade contributiva.

Não se cuida de sustentar que as empresas em recuperação não devem pagar tributos (o que confrontaria o art. 126, II, do CTN), afinal podem (e assim é desejável), v.g., auferir renda e recolher o correspondente imposto. A possibilidade remanesce, no caso do imposto de renda, pois se trata de uma situação jurídica que demonstra índice objetivo de riqueza, independentemente do estado financeiro do contribuinte.

Por outro lado, a aprovação do PRJ não manifesta qualquer riqueza ou acréscimo patrimonial, mas a constatação, perante seus credore,s de que uma empresa não pode honrar seus compromissos e, por conseguinte, requer uma renegociação. O cálculo econômico, seja em relação ao contribuinte, seja em relação aos credores, não é de lucro (ao menos não diretamente), mas de menor prejuízo. Importa reconhecer, portanto, a inexistência de capacidade contributiva objetiva na aprovação do PRJ para fins de incidência do IOF-Crédito.

²⁴⁶ XAVIER, Alberto. **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 75.

²⁴⁷ SEOANE, Diego Sales. Não incidência do IOF sobre mútuos gratuitos. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.212, p.37-41, mai. 2013. pp. 39 e 40.

²⁴⁸ HORTA, Nereida de Miranda Finamore. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários – IOF. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal (Org.). **Tributação nos Mercados Financeiro e de Capitais e dos Investimentos Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166-190. p. 175.

²⁴⁹ CAMPINHO, Sergio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 10.

À guisa de arremate para a questão, convém apresentar a advertência de Sacha Calmon Coelho: “relativamente ao IOF existe a mesma complacência doutrinária já existente a respeito do ISS, cuja lista aparenta dons mágicos. Tudo que nela for posto passa a ser serviço tributável, mesmo que não seja serviço...”²⁵⁰. O Autor conclui:

“Há uma tendência para se considerar sujeitado ao IOF qualquer tipo de negócio feito por instituições financeiras fiscalizadas pelo Banco Central, o que é uma erronia grave, pois o imposto é sobre as operações descritas no CTN, caso contrário seria imposto sobre as atividades das instituições financeiras”²⁵¹.

A ampla abrangência do tributo, naturalmente, enseja a tentativa de arrecadação em face das mais diversas situações. Os argumentos apresentados, contudo, conduzem a conclusão diversa. Há razões, semânticas e de matiz constitucional, para sustentar seja a não incidência, seja a inconstitucionalidade da incidência do IOF-Crédito sobre a aprovação do PRJ (o que erroneamente se tem referido por novação *sui generis* da recuperação judicial). De outra sorte, razões para sustentar a interpretação oposta, a considerar o ônus argumentativo necessário para rebater aquelas outras, nos parecem escassas.

4.2.3.3 Conclusão (C.6)

Nas seções antecedentes, demonstra-se a inviabilidade da incidência do IOF-Crédito sobre a aprovação do PRJ. A conclusão pode ser sintetizada da seguinte forma (C.6):

(C.6) A aprovação do plano de recuperação judicial não se sujeita à incidência do IOF-Crédito, pois, sendo contrato plurilateral e dependente de homologação judicial, não se conforma à noção de operações de crédito, associada aos contratos bancários, sendo desprovida a hipótese de determinabilidade fática (seções 4.2.2 e 4.2.3); essa interpretação é reforçada, no particular pela não realização da função extrafiscal do tributo (seção 4.3.3.1); e pela inexistência de capacidade contributiva objetiva na aprovação do plano de recuperação judicial, não restando demonstrado índice presuntivo de riqueza do fato jurídico (seção 4.2.3.2).

²⁵⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 447.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 447.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfrenta-se na pesquisa, fundamentalmente, dois obstáculos linguísticos: a) a ambiguidade do termo “novação”; b) a vagueza da expressão “operações de crédito. A própria descoberta desses problemas, e o desenvolvimento lógico dos argumentos, foi encadeada através da série de perguntas estabelecidas na Introdução; naturalmente não esgotadas, mas com a pretensão de consolidar um método analítico-dedutivo rigoroso.

A estratégia institucionalista (P.1) desvela um erro de categoria na classificação tradicional da denominada “novação *sui generis* da recuperação judicial”. Primeiro, com fundamento no “problema do essencialismo jurídico”, reestabelece o ônus argumentativo de descrição do Direito a partir de suas regras constitutivas. Segundo, à luz do “problema da ambiguidade típica dos fatos institucionais”, apresenta um léxico apropriado à desambiguação do termo. Assim, estabelece-se a existência de três sentidos atribuídos ao termo no direito positivo: a novação como instituto (V-novação), a novação como um fato institucional (E-novação) e a novação como um efeito (Z-novação). Ademais, demonstra-se que o conceito do instituto da novação tradicionalmente se confunde com o seu efeito; peculiaridade que repercute na seara tributária. Sinteticamente:

(C.5) o efeito da novação tradicionalmente se confunde com o seu conceito, sendo necessária a desambiguação artificial entre V-novação (instituto) e Z-novação (efeito) (i); a “novação” idônea a ensejar a incidência de tributo é a E-novação, um comportamento do contribuinte juridicamente qualificado; portanto, um fato institucional determinado (ii); resulta que a novação do art. 59, da LRE, mero efeito, não tem a materialidade necessária para a incidência tributária, pois não representa um comportamento do contribuinte (iii).

Em face dessa primeira conclusão (C.5), desloca-se o âmbito do debate para a aprovação do plano de recuperação judicial. Afinal, seria impossível provar a existência de uma novação, no bojo de uma recuperação judicial, sem denominar impropriamente o negócio plurilateral que é o acordo a respeito do PRJ. Se há, no particular, um fato imponível, esse fato é a aprovação do PRJ, que consubstancia a vontade de uma pluralidade de credores homologada judicialmente.

Sucedo que a investigação acerca da incidência do IOF-Crédito sobre a aprovação do PRJ esbarra no entrave da vagueza da expressão “operações de

crédito”. Daí a necessidade de definir seu limite semântico (P.3) e os critérios para identificar a possível correspondência entre a hipótese e a aprovação do PRJ (P.6.2). Decorre dessa análise, em confronto com o instituto da recuperação judicial (P.6.2), o que segue:

(C.6) A aprovação do plano de recuperação judicial não se sujeita à incidência do IOF-Crédito, pois, sendo contrato plurilateral e dependente de homologação judicial, não se conforma à noção de operações de crédito, associada aos contratos bancários, sendo desprovida a hipótese de determinabilidade fática (seções 4.2.2 e 4.2.3); essa interpretação é reforçada, no particular pela não realização da função extrafiscal do tributo (seção 4.3.3.1); e pela inexistência de capacidade contributiva objetiva na aprovação do plano de recuperação judicial, não restando demonstrado índice presuntivo de riqueza do fato jurídico (seção 4.2.3.2).

É uma interpretação que não suprime o necessário debate sobre o tema. O que deve permanecer, como critério inafastável, é a “obrigação” de descrição (e prescrição) do Direito a partir de razões expressas e fundamentadas (P.1) e, em face das limitações da linguagem, a “obrigação” do intérprete de percebê-las e tentar superá-las.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Revista, atualizada e ampliada pelo Des. Carlos Henrique Abrão.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. Núcleo da Definição Constitucional do ICM. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 25, n. 26, p.101-119, dez. 1983.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi.
- BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- BARRETO, Aires Fernando. ISS e IOF - Estremação da incidência - Descontos como elementos adjetivos. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.163, p.109-131, abr. 2009.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 18, de 1 de dezembro de 1965. Brasília, **D.O.U.** de 6.12.1965.
- _____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Brasília, **D.O.U.** de 27.10.1966 e retificado em 31.10.1966.
- _____. Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966. Brasília, **D.O.U.** de 24.10.1966.
- _____. Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. Brasília, **D.O.U.** de 22.11.1966.

_____. Decreto-Lei nº 1.269, de 18 de abril de 1973. Brasília, **D.O.U.** de 18.9.1969.

_____. Lei nº 6.313, de 16 de dezembro de 1975. Brasília, **D.O.U.** de 17.12.1975.

_____. Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980. Brasília, **D.O.U.** de 22.4.1980.

_____. Decreto-Lei nº 2.407, de 5 de janeiro de 1988. Brasília, **D.O.U.** de 6.1.1988.

_____. Decreto-Lei nº 2.471, de 1 de setembro de 1988. Brasília, **D.O.U.** de 2.9.1988 e retificado em 5.9.1988.

_____. Lei nº 7.766, de 11 de maio de 1989. Brasília, **D.O.U.** de 12.5.1989.

_____. Lei nº 7.827, de 27 de setembro de 1989. Brasília, **D.O.U.** de 28.9.1989.

_____. Lei nº 8.033, de 12 de abril de 1990. Brasília, **D.O.U.** de 13.4.1990.

_____. Lei nº 8.402, de 8 de janeiro de 1992. Brasília, **D.O.U.** de 9.1.1992.

_____. Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994. Brasília, **D.O.U.** de 22.6.1994.

_____. Lei nº 8.929, de 22 de agosto de 1994. Brasília, **D.O.U.** de 23.8.1994.

_____. Lei nº 9.440, de 14 de março de 1997. Brasília, **D.O.U.** de 15.3.1997 - edição extra.

_____. Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Brasília, **D.O.U.** de 11.12.1997.

_____. Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998. Brasília, **D.O.U.** de 28.11.1998.

_____. Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999. Brasília, **DOU** de 20.1.1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 232467/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno, julgado em 29/09/1999. **Diário da Justiça**. Brasília, 12.05.2000.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, **D.O.U.** de 11.1.2002.

_____. Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004. Brasília, **D.O.U.** de 31.12.2004.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Lei de Falência e Recuperação Judicial. Brasília, **D.O.U.** de 9.2.2005 – edição extra.

_____. Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007. Regulamento do IOF. Brasília, **D.O.U.** de 17.12.2007 e retificado em 8.1.2008.

_____. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 907, de 9 de janeiro de 2009. Brasília, **D.O.U.** de 14.01.2009.

_____. Lei nº 12.543, de 8 de dezembro de 2011. Brasília, **D.O.U.** de 9.12.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1326888/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 08/04/2014, **DJe** 05.05.2014.

_____. Receita Federal do Brasil. Coordenação-geral de Tributação da Receita Federal. Solução de Consulta nº 281. **D.O.U.** Brasília, 20 nov. 2014, seção 1, pág. 32.

CAMINHA, Uinie; MARINHO, Sarah Morganna Matos. A Novação na Recuperação Judicial: análise das peculiaridades da aplicação do instituto de direito civil ao direito falimentar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 1, p.135-150, abr. 2013. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4489/2482>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

CAMPINHO, Sergio. **Falência e Recuperação de Empresa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Para Uma Teoria Da Norma Jurídica**: da teoria da norma à regra - matriz de incidência tributária. Disponível em: <[http://www.ibet.com.br/download/Para uma teoria da norma PBC.pdf](http://www.ibet.com.br/download/Para_uma_teor%C3%ADa_da_norma_PBC.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2016.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. IOF sobre empréstimos concedidos por meio de cédula de crédito bancário e notas promissórias comerciais: importantes diferenciações sobre os aspectos material e quantitativo de sua hipótese de incidência. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 229, p.68-76, out. 2014.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 1993.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. Interpretação e Integração da Lei Tributária. **Revista de Direito Administrativo da FGV**, Rio de Janeiro, v. 40, p.24-37, 1955.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [1980?].

FOLLONI, André. Isonomia Na Tributação Extrafiscal. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p.201-220, jan-jun 2014.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. O que é um Juiz. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p.513-534, dez. 2010. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1853/1405&usg=AFQjCNHnA8R33fQTU8brbLJdZpu2WHbog&bvm=bv.136593572,d.cGw&cad=rja>>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. **Fatos institucionais e o NCPD**: implicações ontológicas e epistemológicas. In: Alexandre Freire; Fredie Didier Jr; Lucas Buril de Macêdo; Ravi Medeiros Peixoto. (Org.). **Coleção Novo CPC - doutrina selecionada**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, pp. 65-100.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Revista e atualizada por Edvaldo Brito.

HORTA, Nereida de Miranda Finamore. Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários – IOF. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal (Org.). **Tributação nos Mercados Financeiro e de Capitais e dos Investimentos Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166-190.

LUZ, Aramy Dornelles da. **Negócios Jurídicos Bancários**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **O Direito e sua Ciência: Uma Introdução à Epistemologia Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARINS, James. **Defesa e Vulnerabilidade do Contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009.

MOREIRA, André Mendes; GAIA, Patrícia Dantas. A Não incidência do IOF-crédito sobre os contratos de conta corrente entre empresas do mesmo grupo econômico. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n.232. p.28-41. jan. 2015. p. 29.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

_____. **Direito Monetário e Tributação da Moeda**. São Paulo: Dialética, 2006.

NOVAIS, Raquel; BEHRNDT, Marco Antônio. A não incidência do IOF nos contratos de conta-corrente entre empresas do mesmo grupo: análise da decisão do STJ no REsp n. 1.239.101/RJ. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 207. p.140-152. dez. 2012.

NUNES, Renato; MEDAGLIA, Felipe. A não-incidência de IOF sobre as operações de câmbio simbólico. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n.179. p.145-160. ago. 2010.

PACHECO, José da Silva. **Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações**. vol. ii. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

_____. **Instituições de Direito Civil: contratos**. vol. iii. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Revista e atualizada por Caitlin Mulholland.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**. Campinas: Servanda, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SÃO PAULO. Vara única da comarca de Junqueirópolis. Processo nº 311.01.2011.001074-2. Partes: Alta Paulista indústria e Comércio Ltda. (em recuoeração judicial) e outras.

SEARLE, John Rogers. **Speech Acts: an essay on the philosophy of language**. London: Cambridge University Press, 1969.

_____. **The Construction of Social Reality**. New York: The Free Press, 1995.

_____. **Freedom and Neurobiology: Reflections on free will, language, and political power**. New York: Columbia University Press, 2007.

SEOANE, Diego Sales. **Não incidência do IOF sobre mútuos gratuitos**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, n.212, p.37-41, mai. 2013.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico** in: Virgílio Afonso da Silva (org.), **Interpretação constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143.

TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. Fundamentos e limites constitucionais da extrafiscalidade do "IOF". **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n.223, p.71-88, abr. 2014.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

UTUMI, Ana Cláudia Akie. A Possibilidade da Cobrança do Imposto sobre Operações de Crédito não-financeiro. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 1, n. 76, p.165-172, 1999.

VARELA, Antunes. **Das Obrigações em Geral**. vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

XAVIER, Alberto. **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. IOF – Inconstitucionalidade das novas incidências do IOF em geral e sobre o ouro em especial. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 1, n. 52, p.97-109, 1990.

_____. **Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva**. São Paulo, Dialética, 2002.

**ANEXO A – SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 281/2014 DA RECEITA FEDERAL
DO BRASIL**



Solução de Consulta nº 281 - Cosit

Data 14 de outubro de 2014

Processo

Interessado

CNPJ/CPF

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

OPERAÇÕES DE CRÉDITO. NOVAÇÃO DE DÍVIDAS. PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INCIDÊNCIA.

Incide o IOF nas operações de novação de dívidas realizadas no âmbito de processo de recuperação judicial, cabendo à instituição financeira credora a responsabilidade pela cobrança e recolhimento do imposto.

Dispositivos Legais: Lei nº 11.101, de 2005, art. 59; Decreto nº 6.306, de 2007 (Regulamento do IOF), art. 2º, I, “a”, art. 3º, § 1º, VI, art. 4º, *caput*, art. 5º, I, art. 7º, §§ 7º a 11, e art. 10, II.

Relatório

1. O interessado, pessoa jurídica de direito privado, instituição financeira (“Banco”), formula consulta sobre interpretação da legislação tributária, disciplinada pela Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013, acerca da incidência do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF) no âmbito da renegociação de operações de crédito em processo de recuperação judicial de empresa da qual o consulente é credor.

2. A empresa sua cliente obteve aprovação em juízo do plano de recuperação a que alude o art. 53 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; porém, nesse plano nada consta sobre a incidência do IOF relativamente ao crédito decorrente da novação disciplinada pelo art. 59 dessa Lei, “o que gerou objeção ao pagamento do tributo por parte da empresa recuperanda e insegurança jurídica” ao consulente, visto que o Banco não poderá se recusar a acatar o disposto no plano de recuperação judicial (PRJ) já aprovado.

3. Registra que, em resposta a questionamento protocolado pelo Banco, acerca da incidência do IOF na citada novação, o juiz da vara (estadual) em que se processa a recuperação judicial, manifestou-se nestes termos:

[...] verifico sua não aplicação no caso dos autos, pois que não se consubstancia em novação de dívida disciplinada pelo Código Civil, mas sim de regime especial previsto na Lei Federal nr. 11.101/2005, tratando-se de novações em face de aprovação de plano de recuperação.

4. Em sua opinião, contudo, o pronunciamento do Poder Judiciário Estadual a respeito de tributos federais não teria efeito vinculante e tampouco seria oponível ao Fisco Federal, “razão pela qual se faz necessária a presente consulta”.

5. Reporta-se ao disposto no art. 18, inciso IV, da Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 2013 (“não produz efeitos a consulta formulada sobre fato objeto de litígio, de que o consulente faça parte, pendente de decisão definitiva nas esferas administrativa ou judicial”) e assevera que o objeto de sua consulta não se confunde com o processo de recuperação judicial; “notadamente, enquanto o PRJ discute os meios de recuperar a empresa em face da sua dificuldade financeira, a presente consulta versa sobre a incidência de IOF sobre os créditos da recuperação judicial”.

5.1. Acrescenta que o Banco “é responsável tributário relativamente ao IOF incidente sobre as operações de regularização de dívida, devendo cobrá-lo ainda que a dívida seja discutida em sede de recuperação judicial, haja vista que a Lei nº 11.101/2005 não exclui as empresas recuperandas da incidência do IOF, tampouco concede qualquer tipo de isenção”.

6. Passa então a discorrer sobre a legislação do IOF, citando a sua previsão constitucional (art. 153, inciso V, da Constituição Federal), os arts. 63 e seguintes do Código Tributário Nacional - CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) e o Regulamento do IOF - RIOF (Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007).

7. Aborda o fato gerador do IOF nas operações de crédito (art. 3º do RIOF) e afirma que, nos termos do art. 3º, § 1º, inciso VI, combinado com o art. 7º, § 7º, do RIOF, “entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operações de crédito na data da novação, composição, consolidação, confissão de dívida e dos negócios assemelhados em que não haja substituição do devedor”.

8. Quanto à novação diz: “O art. 360 do Código Civil considera novação, dentre outras situações, quando o devedor central nova a dívida com credor para extinguir e substituir a anterior.”

9. Depois dessa análise, assegura não restar dúvida “de que há incidência de IOF e o imposto será devido nas renegociações de dívidas que incorrerem em novação”; no entanto, “as questões tributárias no âmbito da Lei de Falências e Recuperações – LFRE (Lei nº 11.101/2005) não são tão claras”.

10. Seu entendimento é o de que a Lei nº 11.101, de 2005, “não exclui a incidência do IOF, pelo contrário, assevera que o PRJ implica em novação dos créditos anteriores ao pedido, consoante o art. 59”, e, por isso, “a renegociação de dívidas de empresa-cliente, que se encontra em processo de recuperação judicial, tem o efeito de fazer nascer a obrigação de pagar o IOF”.

11. Diante dessa exposição, apresenta as questões a seguir descritas.

11.1. A novação de dívidas da pessoa jurídica em processo de recuperação judicial dá ensejo à incidência do IOF? “Em outras palavras”, trata-se de operação que

concretiza o fato gerador do IOF e, portanto, o Banco está obrigado, por lei, a exigir dessa pessoa jurídica o pagamento do valor correspondente a esse imposto?

11.2. Caso o posicionamento da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) seja pela ocorrência do fato gerador do IOF na novação dos créditos anteriormente concedidos, o qual vincula o Banco e a sua cliente, “quais os procedimentos necessários para cobrança e recolhimento do IOF, levando-se em conta que a mencionada empresa (recuperanda) já negociou as suas responsabilidades com os seus credores com base em Plano de Recuperação Judicial (PRJ)”? (Destaca que o IOF decorrente da negociação das dívidas não está contemplado no plano de recuperação.)

11.3. Considerando que a empresa cliente “se encontra em processo de recuperação judicial e, portanto, certamente não dispõe de recursos **para pagar** o valor correspondente ao IOF e também o fato da empresa **não concordar** com essa imposição tributária”, ainda assim o Banco “continuará como responsável pela cobrança e pelo recolhimento do tributo”? (Destaques do original.)

11.4. “Relativamente aos encargos (juros e multa) incidentes sobre o IOF não cobrado e, conseqüentemente, não recolhido no prazo determinado pela legislação tributária”, em razão de a cliente “não ter recursos financeiros para pagamento do IOF e/ou permanecer irredutível quanto ao reconhecimento de que se trata de tributo de sua responsabilidade”, o Banco “também está obrigado a responder por todos esses valores – tributo e encargos correspondentes”?

11.5. As conclusões a que chegar a RFB “têm aplicabilidade a situações similares de novações de dívidas” com o Banco “envolvendo outras empresas em processo de recuperação judicial”?

Fundamentos

12. Preliminarmente, é importante enfatizar que o processo administrativo de consulta deve ter por escopo, exclusivamente, a exposição, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), da interpretação que adota quanto ao conteúdo e ao alcance de dispositivos da **legislação tributária** que o sujeito passivo consulente deva aplicar a fato determinado que lhe seja pertinente. Em poucas palavras: a consulta, para ser eficaz, deve conter tão somente questionamentos acerca da interpretação, perfilhada pela RFB, de dispositivos da legislação tributária. Demonstra de forma cabal essa asserção o art. 1º da Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 2013, que estatui: “Esta Instrução Normativa trata dos processos administrativos de consulta sobre **interpretação da legislação tributária** e aduaneira relativa aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e ...” (grifou-se).

13. Nos termos do art. 96 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), “a expressão ‘legislação tributária’ compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes”. Conforme se constata, somente atos normativos – atos dotados de generalidade e abstração, isto é, sem destinatários determinados, aplicáveis a toda situação concreta que venha a se enquadrar nas hipóteses abstratamente neles descritas – integram a legislação tributária.

14. Em reforço, observe-se que, ao enumerar os componentes daquilo que chamou de “normas complementares”, o Código Tributário Nacional (CTN) incluiu “as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa”, mas, unicamente, aquelas “a que a lei atribua eficácia normativa” (art. 100, II). Significa dizer, decisões, ainda que prolatadas por órgão julgador integrante da estrutura da própria administração tributária, são atos individuais e concretos, só produzem efeitos entre as partes. Tais decisões somente terão “eficácia normativa” (efeitos equivalentes aos das normas) caso a lei expressamente assim preveja.

15. As decisões judiciais são atos individuais e concretos (com exceção daquelas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça no âmbito do controle abstrato de normas). Não são norma, portanto; ainda que o fossem, não integrariam a “legislação tributária”, mesmo quando tratassem de tributos, pela singela razão de que o CTN não as qualifica como tal. Dessa forma, no âmbito do processo administrativo de consulta, não possui a RFB competência para interpretar decisões judiciais, ou manifestar-se a respeito de seus prováveis efeitos. Menos ainda caberia cogitar que a RFB, em processo de consulta, pudesse arvorar-se em intérprete das leis processuais – e das disposições constitucionais concernentes a competências do Poder Judiciário – para o fim de determinar se uma decisão judicial padece, ou não, de vício de incompetência, relativa ou absoluta.

16. Sem embargo de tudo o que se vem de expor, cabe comentar que, do relato aduzido pelo interessado em sua petição de consulta, depreende-se que a manifestação do juiz da vara (estadual) em que se processa a recuperação judicial acerca da incidência do IOF não configurou, propriamente, exercício de atividade jurisdicional. Conforme o consulente relata, a manifestação do juiz deu-se em resposta a questionamento por ele protocolado; ao que parece, não foi uma decisão jurisdicional, em sentido estrito, prolatada em alguma fase do processo de recuperação judicial. Em outras palavras, o magistrado – e não se perquirirá se tinha ou não competência para fazê-lo – atuou, salvo melhor juízo, como órgão consultivo, exercendo atividade mais administrativa do que jurisdicional propriamente dita.

17. Independentemente das considerações alinhavadas no parágrafo precedente, importa frisar que a presente solução de consulta ater-se-á aos questionamentos do interessado que versem sobre interpretação da legislação tributária. E a exposição do entendimento da RFB, pelas razões apresentadas alhures, não se pautará pelo conteúdo da manifestação do juiz da vara (estadual) em que se processa a recuperação judicial, reproduzida pelo interessado em sua petição de consulta. Atendendo ao escopo do processo de consulta, já expendido, consistirá ela, tão somente, na explicitação da interpretação que a RFB confere à legislação tributária pertinente, com especial observância dos “atos normativos expedidos pelas autoridades competentes” (grifou-se), consoante preceitua o § 2º do art. 48 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Passa-se à exposição.

18. A incidência do IOF sobre operações de crédito realizadas por instituições financeiras está prescrita no art. 1º, inciso I, da Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966 (art. 2º, inciso I, alínea “a”, do RIOF). O fato gerador do IOF incidente nessas operações é “a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado” (art. 3º, *caput*, do RIOF).

19. O consulente, na condição de **instituição financeira**, é responsável pela cobrança e recolhimento do IOF incidente nas operações de crédito que efetuar, consoante determina o art. 5º, inciso I, do RIOF – contribuinte é a pessoa física ou jurídica tomadora do crédito (art. 4º, *caput*, do RIOF).

20. Como ele bem reconhece, a novação de dívidas constitui fato gerador do IOF, haja ou não substituição do devedor, consoante o disposto no art. 3º, § 1º, inciso VI, art. 7º, §§ 7º a 11, e art. 10, inciso II e parágrafo único, do RIOF, a seguir transcritos (sublinhou-se):

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).

§ 1º Entende-se ocorrido o fato gerador e devido o IOF sobre operação de crédito:

(...)

VI - na data da novação, composição, consolidação, confissão de dívida e dos negócios assemelhados, observado o disposto nos §§ 7º e 10 do art. 7º;

(...)

Art. 7º A base de cálculo e respectiva alíquota reduzida do IOF são (Lei nº 8.894, de 1994, art. 1º, parágrafo único, e Lei nº 5.172, de 1966, art. 64, inciso I):

(...)

§ 7º Na prorrogação, renovação, novação, composição, consolidação, confissão de dívida e negócios assemelhados, de operação de crédito em que não haja substituição de devedor, a base de cálculo do IOF será o valor não liquidado da operação anteriormente tributada, sendo essa tributação considerada complementar à anteriormente feita, aplicando-se a alíquota em vigor à época da operação inicial.

§ 8º No caso do § 7º, se a base de cálculo original for o somatório mensal dos saldos devedores diários, a base de cálculo será o valor renegociado na operação, com exclusão da parte amortizada na data do negócio.

§ 9º Sem exclusão da cobrança do IOF prevista no § 7º, havendo entrega ou colocação de novos valores à disposição do interessado, esses constituirão nova base de cálculo.

§ 10. No caso de novação, composição, consolidação, confissão de dívida e negócios assemelhados de operação de crédito em que haja substituição de devedor, a base de cálculo do IOF será o valor renegociado na operação.

§ 11. Nos casos dos §§ 8º, 9º e 10, a alíquota aplicável é a que estiver em vigor na data da novação, composição, consolidação, confissão de dívida ou negócio assemelhado.

(...)

Art. 10. O IOF será cobrado:

(...)

II - na data da prorrogação, renovação, consolidação, composição e negócios assemelhados;

(...)

Parágrafo único. O IOF deve ser recolhido ao Tesouro Nacional até o terceiro dia útil subsequente ao decêndio da cobrança ou do registro contábil do imposto (Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, art. 70, inciso II, alínea “b”).

21. A respeito da novação, convém reproduzir o conceito do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), apontado pelo próprio consulente:

Art. 360. Dá-se a novação:

I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;

II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

22. A Lei nº 11.101, de 2005, que “regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”, no *caput* do seu art. 59, preceitua com clareza que a renegociação de operações de crédito no âmbito do processo de recuperação judicial configura novação (destacou-se)

*Art. 59. O plano de recuperação judicial **implica novação dos créditos anteriores** ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.*

23. É certa, portanto, a incidência do IOF por ocasião da novação de dívidas decorrente de processo de recuperação judicial. Não há, de outra parte, dispositivo que importe desoneração tributária nesse caso, conforme exige o art. 150, § 6º, da Constituição Federal, e o art. 97, inciso VI, do CTN. Por conseguinte, a instituição financeira credora fica obrigada à cobrança e ao recolhimento do IOF incidente nessas operações, nos termos dos arts. 5º, inciso I, e 10, inciso II e parágrafo único, do RIOF.

Conclusão

24. Ante o exposto, responde-se ao consulente que incide o IOF nas operações de novação de dívidas realizadas no âmbito de processo de recuperação judicial, cabendo à instituição financeira credora a responsabilidade pela cobrança e recolhimento do imposto.

À consideração superior.

[assinado digitalmente]

MARCOS VINICIUS GIACOMELLI
Auditor-Fiscal da RFB

[assinado digitalmente]

MARCELO ALEXANDRINO DE SOUZA
Auditor-Fiscal da RFB

De acordo. Encaminhe-se à Coordenadora da Cotir.

[assinado digitalmente]

IOLANDA MARIA BINS PERIN
Auditora-Fiscal da RFB - Chefe da SRRF10/Disit

De acordo. Ao Coordenador-Geral da Cosit para aprovação.

[assinado digitalmente]

CLAUDIA LUCIA PIMENTEL MARTINS DA SILVA
Auditora-Fiscal da RFB - Coordenadora da Cotir

Ordem de Intimação

Aprovo a Solução de Consulta. Publique-se e divulgue-se nos termos do art. 27 da Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013. Dê-se ciência ao interessado.

[assinado digitalmente]

FERNANDO MOMBELLI
Auditor-Fiscal da RFB - Coordenador-Geral da Cosit