

GRANDES QUESTÕES ATUAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO

3º volume

Coordenador

VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA

Autores

AIRES F. BARRETO
AROLD GOMES DE MATTOS
AURELIO PITANGA SEIXAS FILHO
CAMILLA CAVALCANTI VARELLA GUIMARÃES
EDUARDO BOTTALLO
ESTEVÃO HORVATH
FÁBIO JUNQUEIRA DE CARVALHO
GABRIEL LACERDA TROIANELLI
HUGO DE BRITO MACHADO
IGOR MAULER SANTIAGO
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
JAMES MARINS
JOSÉ ARTUR LIMA GONÇALVES
JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO
JOSÉ ROBERTO PERNOMIAN RODRIGUES
JOSÉ RUBEN MARONE
LUÍS EDUARDO SCHOUERI
MARIA INÉS MURGEL
MISABEL ABREU MACHADO DERZI
OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO
PAULO BORBA CASELLA
RALPH SAPOZNIK
ROGÉRIO GANDRA MARTINS
ROQUE ANTONIO CARRAZZA
SACHA CALMON NAVARRO COELHO

DIALÉTICA

São Paulo - 1999

IOF e as Operações de Mútuo

LUÍS EDUARDO SCHOUERI

Doutor e Livre-Docente em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Tributário Internacional (L.L.M.) pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor de Direito Tributário da Faculdade de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Advogado em São Paulo.



CAMILLA CAVALCANTI VARELLA GUIMARÃES

Advogada em São Paulo.



IOF e as Operações de Mútuo

LUÍS EDUARDO SCHOUEI

CAMILLA CAVALCANTI VARELLA GUIMARÃES

O "pacote fiscal" publicado pelo Poder Executivo, ao apagar das luzes de 1998, operou diversas modificações na legislação tributária nacional, especialmente no que se refere ao Imposto sobre Operações de Crédito, de Câmbio, de Seguro e relativas a Títulos e Valores Mobiliários, conhecido pelo sigla genérica de IOF, o qual teve seu perfil profundamente alterado, passando a incidir, também, sobre operações de crédito que envolvam pessoas físicas e pessoas jurídicas não financeiras.

Determina o artigo 13 da Lei nº 9.779/99 (conversão do artigo 13 da Medida Provisória nº 1.788/98) que "as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física sujeitam-se à incidência de IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras."

Significa dizer, a partir do advento da Lei nº 9.779/99, todas as operações de empréstimo entre empresas coligadas, por exemplo, passariam a sofrer incidência do IOF.¹

O presente estudo tem por objetivo discutir o perfil do Imposto sobre Operações Financeiras - IOF na Constituição Federal, investigando a adequação da nova lei ao desenho constitucional deste imposto.

Coerência do Sistema

O primeiro aspecto a ser abordado neste estudo diz respeito ao próprio ordenamento jurídico e sua estruturação, isto é, se refere à concepção de conjunto. No caso, um conjunto de normas.

Tratando deste tema Klaus Tipke¹ trabalha com a possibilidade de que o referido conjunto representaria um mero conglomerado

¹ Artigo publicado sob o título *Steuerrecht - Chaos, Konglomerat oder System?* In *Steuer und Wirtschaft* nº 1/1971, pp. 2/17.

de normas, agrupadas acriteriosamente, contraditórias entre si, formando um quadro *caótico* diante do qual o aplicador do direito ver-se-ia impotente, sem saber qual o norte a tomar quando da aplicação de qualquer norma a um caso concreto. Afasta esta possibilidade, entretanto, ao deparar-se com a realidade incontestável de que o conjunto de normas jurídicas que compõem o chamado ordenamento jurídico foi reunido de forma coerente, harmônica, formando um verdadeiro *sistema*, única possibilidade racional de se estudar, aplicar e criar normas.

Nesse sentido, tem-se insistido na idéia de que o princípio da igualdade impõe a existência de um sistema, com princípios que se observam coerentemente.

É de Klaus Tipke², mais uma vez, a lição que sempre se repete no sentido de que igualdade não se confunde com identidade. Duas situações nunca são idênticas. Elas podem ser iguais em relação a algum parâmetro de comparação. Concluimos, daí, que a igualdade é, sempre, relativa. Somente quando se fixam parâmetros é que é possível a comparação.

Em estudo mais recente e completo sobre o tema, assim ensina o autor, em passagem que traduzimos livremente:

"A idéia de generalidade do conceito de justiça fundamenta-se no princípio da igualdade. Por isso, o princípio da igualdade exige substancialmente consequência valorativa ou *coerência*. O legislador deve seguir até o fim os princípios materiais pelos quais ele se decidiu com coerência sistêmica ou valorativa; uma vez tendo ele tomado decisões valorativas, deve ele mantê-las coerentemente. Inconsequência é medir com duas medidas, é uma ruptura sistêmica e leva a tratamento desigual de grupos que se encontram em situação equivalente, se medidas de acordo com os critérios materiais que servem para a comparação"³.

² No vernáculo, encontra-se, em linhas gerais a tese de Tipke, sintetizada no artigo "Princípio de igualdade e idéia de sistema no direito tributário", inserido na obra coordenada por Brandão Machado, *Direito Tributário. Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 517 a 527.

³ No original: *Im Gleichheitssatz wurzelt der Gedanke der Generalität des Gerechtigkeitsgedankes. Daher verlangt der Gleichheitssatz wesentlich wertungsmässige Konsequenz oder Folgerichtigkeit. Der Gesetzgeber muß das sachgerechte Prinzip, für das er sich entschieden hat, system- oder wertungskonsequent zu ende ausführen, er musseine*

No estudo que ora se inicia, a coerência é o conceito-chave para a análise da adequação dos dispositivos contidos na Lei nº 9.779/99 e a ordem constitucional soerguida pela Carta de 1988.

É que a investigação da constitucionalidade de uma norma pressupõe, sempre, sua compatibilidade com o ordenamento jurídico a que pertence. No caso em análise, portanto, cabe identificar o perfil do sistema traçado pelo constituinte de 1988, para concluir-se pela constitucionalidade ou não da Lei nº 9.779/99.

Parte-se, assim, do núcleo do sistema para identificar em sua base o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), referência máxima para todos os demais princípios que fundamentam a ordem constitucional.

Transpondo esta idéia para o campo específico do direito tributário, encontramos o princípio da igualdade como núcleo do sistema (artigo 150, II, da CF), donde derivam, dentre outros, os fundamentais princípios da legalidade (art. 150, I, da CF) e da anterioridade (art. 150, III, *b*, da CF).

Na metafórica imagem de um móbile infantil o princípio da igualdade encontra-se como o fio mestre do arranjo, donde partem fios secundários contendo, dentre outros, os princípios da legalidade e da anterioridade. Como todo móbile os fios vão se entrelaçando, revelando um equilíbrio dinâmico, no qual as forças de cada elemento vão se contrapondo, de modo a permitir a conclusão de que qualquer toque feito numa das peças repercute ao todo.

Num móbile, como no ordenamento jurídico, qualquer passo deve ser ponderado em função do equilíbrio do todo.

É por isso que entendemos que qualquer estudo relativo ao Sistema Tributário Nacional, tem como pressuposto um sistema *coerente*, onde todos os tributos compatibilizam-se com o ordenamento, curvando-se aos princípios nele contidos.

Até porque o constituinte é, antes de mais nada, um *legislador racional* que, nas clássicas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior⁴, fundado em Santiago Nino:

einmal getroffene Wertentscheidung folgerichtig durchhalten. Inkonsequenz ist Messen mit zweierlei Maß, ist Systembruch und führt zu Ungleichbehandlung mehrerer Gruppen, die sich gleichen relevanten - d.h. gemessen an dem als Vergleichsmaßstab dienenden sachgerechten Prinzip gleichen - Verhältnissen befinden. In Klaus Tipke, Die Steuerrechtsordnung, vol. I, Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993, p. 354.

⁴ In *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 255.

"(...) é *único*, isto é, é o mesmo para todas as normas do ordenamento, não obstante as diferenças no tempo e no espaço e as diversas competências normativas, como se todo o ordenamento obedecesse a uma única vontade.

(...) é *consciente*, ou seja conhece todas as normas que emana, passadas e presentes, tendo ciência global do ordenamento.

(...) é *omnisciente*, pois conhece todos os fatos e condutas, nada lhe escapando, sejam eventos passados, presentes ou futuros.

(...) é *justo*, pois jamais deseja uma injustiça, tudo se resumindo numa questão de compreendê-lo bem.

(...) é *coerente*, ainda quando aparentemente, se contradiz, bastando para isso invocar a *lex superior*, posterior, e *specialis*.

(...) é *econômico*, isto é, nunca é redundante, nunca usa palavras supérfluas e cada norma, ainda que aparentemente esteja a regular a mesma *facti species*, tem na verdade uma função própria e específica.

(...) é *operativo*, pois todas as suas normas têm aplicabilidade, não havendo normas nem palavras inúteis.

(...) é *preciso*, pois apesar de se valer de palavras de linguagem natural, vagas e ambíguas, sempre lhes confere um sentido rigorosamente técnico."

Significa dizer, o legislador não pode ser tomado como um mero criador de normas, que o faz sem qualquer critério, gerando situações de contradição e quebra do sistema. Não. O legislador, qual o criador do *móBILE*, é sempre *racional* tendo criado um conjunto sistemático de normas, cuja coerência supera qualquer aparente desarmonia.

O reconhecimento desta verdade inafastável já foi operado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, sendo de destacar-se a decisão proferida no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 168.149-8/RS, onde o Ministro Marco Aurélio de Mello homenageia a racionalidade, reforçando a idéia do "(...) grande sistema revelado pela Carta Política da República"⁵.

⁵ DJ de 04.08.95, p. 22.520.

Assim, tem-se que cumpre ao aplicador do direito identificar o fator de *discrímen* eleito pelo legislador, de forma que possa focar adequadamente a questão, e enxergar o sistema coerente que está diante de si.

Em casos onde uma análise apressada do sistema levaria o aplicador do direito à conclusão de que haveria incoerência no ordenamento, quando se depara, por exemplo, frente a tributos que não se dobram a alguns dos princípios contidos na Seção *Das Limitações do Poder de Tributar*⁶, cumpre investigar qual o critério utilizado pelo legislador para instituir esta exceção, já que a premissa é de que mesmo os tributos que não se dobram a um ou outro mandamento fazem parte do sistema (*móBILE*) e permitem seu equilíbrio.

Mais uma vez, insistimos: o Sistema Constitucional é coerente, e a investigação mais apurada desta aparente desarmonia poderá revelar que, ao tratar da temática tributária, o constituinte criou certas exceções aos princípios constitucionais relativos às limitações ao poder de tributar, porque pretendia atingir determinados outros objetivos que não os estritamente contidos no Título VI (Da Tributação e do Orçamento).

Neste caso, as exceções impostas a determinados princípios constitucionais de tributação não alterarão o equilíbrio do "*móBILE*", pois serão fruto de critérios de discriminação, mantendo a coerência do sistema.

O constituinte de 1988 não pretendeu instituir um *Estado-passivo*, mero coletor de impostos e provedor de serviços essenciais. Ao contrário, instituiu um *Estado-agente*, que interfere no processo e que, para tanto, recebe instrumentos de intervenção.

Neste sentido, a distinção entre os diversos tributos traçados na Constituição deixa de considerar apenas aspectos como fato gerador, base de cálculo, ou critérios de arrecadação, para atentar, também, para os fins que objetivam, podendo ser classificados em: a) tributos meramente arrecadatórios; e b) tributos com finalidade *interventiva*⁷.

⁶ Seção II, Capítulo I, do Título VI, da Constituição Federal.

⁷ Este conceito, inclusive, já foi largamente explorado e estudado na Alemanha, sendo clássica a classificação de Klaus Tipke e Joachim Lang das três espécies de normas dentro do direito tributário (*Drei Normgruppen*): a) normas fiscais - de cunho estritamente arrecadatório (*Fiskalzwecknormen*) b) normas de intervenção (*Sozialzwecknormen*); e c) normas de simplificação (*Vereinfachungszwecknormen*). In *Steuernrecht - Ein systematischer Grundriß*. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt. 1991. p. 19.

É dentro desta última classificação que podemos agrupar tributos como os Impostos sobre a Importação de Produtos Estrangeiros (art. 153, I, da C.F.), sobre a Exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (art. 153, II, da CF), sobre Produtos Industrializados (art. 153, IV, da CF), e sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (art. 153, V, da CF).

De outra forma, como poderíamos justificar as exceções ao princípio da legalidade e da anterioridade inseridas dentro do próprio corpo da Constituição Federal (art. 150, § 1º, e art. 153, § 1º, da CF)?

Antes de responder-se esta questão é necessário que se conheça de fato o IOF, definindo qual o seu perfil histórico e constitucional.

IOF - Histórico

Começamos a análise da Lei nº 9.779/99 fazendo uma breve referência ao histórico do Imposto sobre Operações de Crédito, de Câmbio, de Seguro e relativas a Títulos e Valores Mobiliários - IOF, de forma a podermos traçar seu perfil.

Desde de sua instituição, através da Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966 (que deu aplicabilidade à Emenda Constitucional nº 18/65), o IOF notabilizou-se por ser um instrumento do Governo Federal para o controle do mercado financeiro, isto é, um imposto de natureza extrafiscal⁹.

Os impostos de natureza extrafiscal, conforme nos noticia Aliomar Baleeiro¹⁰, remontam à Idade Média, sendo de notar-se sua

⁹ Artigo 150, § 1º, da CF: "A vedação do inciso III, b, não se aplica aos impostos previstos nos arts. 153, I, II, IV e V e 154, II."

Artigo 153, § 1º, da CF: "É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV, e V."

¹⁰ São notáveis as lições de Alfredo Augusto Becker ao tratar da tributação extrafiscal, destacando sua importância no cenário contemporâneo como agente revolucionário e financiador da revolução social, figurando como alternativa viável em relação à frustrada tentativa soviética. Afirma, neste sentido, que a relevância do Direito Tributário, e neste caso, da tributação extrafiscal, é inegável, já que a sua utilização implica a destruição do atual sistema simultaneamente à sua reconstrução. Significa dizer, o Direito Tributário, pelo impacto de seus tributos, destruiria a antiga ordem social e, simultaneamente, financiaria a sua reconstrução, cabendo aos demais ramos do Direito Positivo a tarefa de disciplinar a reconstrução. In *Teoria Geral do Direito Brasileiro*. São Paulo: Lejus, 1998. 3ª edição, pp. 584/585.

¹¹ In *Uma introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 14ª edição, revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. p. 178.

ocorrência para fins de proteção à produção nacional, agrícola ou fabril, pelas tarifas aduaneiras que Veneza adotou quando da intensificação das transações comerciais na Europa, ou ainda por gravames sobre a navegação mercante que concorre com a nacional (atos de navegação de Cromwell).

No Brasil, o IOF surgiu como imposto substituto ao "imposto do selo", tributo cuja existência remonta aos tempos do Brasil-colônia, e incidia sobre documentos e papéis representativos da celebração de atos e negócios jurídicos.

Sua evolução normativa assistiu, ainda, ao advento da Emenda Constitucional nº 18/65, tendo sido posteriormente consagrado na Constituição de 1969 (art. 21, VI, da Constituição Federal), que nas palavras de Balleiro¹¹ "... insinua o caráter excepcional e extrafiscal desse tributo que não deve ser usado como receita fiscal propriamente dita"¹².

No mesmo sentido testemunha Cláudio Santos¹³ (Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará), ao comentar as palavras do Ministro Octávio Gouveia de Bulhões, em suas considerações relativas à Exposição de Motivos nº 910, acompanhada do Anteprojeto da Emenda Constitucional nº 18/65:

¹¹ In *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 11ª edição, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. p. 462.

¹² Em voto proferido enquanto Ministro do extinto Tribunal Federal de Recurso - TRF, Antônio de Pádua Ribeiro reconheceu a natureza extrafiscal do IOF, assim se manifestando: "Por isso mesmo que, sobrevivendo o Código Tributário Nacional, este, segundo resulta dos seus arts. 9º, II, e 104, limitou o princípio da anualidade aos impostos sobre o patrimônio e a renda. Se se pode questionar a amplitude de tal restrição, isso, contudo, jamais poderá ser com relação ao IOF. Com efeito, aquele tributo é primo-irmão do imposto de importação: destinam-se ambos à formação de reservas monetárias (EC 1/69, art. 18/65, arts. 7º, § 2º, e 14, § 2; da Constituição de 1967, art. 21, § 4º). Por isso mesmo é que conforme disse, a inclusão do IOF no regime da legalidade estrita não tem o condão de incluí-lo no princípio da anterioridade, retirando-o do elenco das suas exceções. VII - Aliás, é de reconhecer-se que, em nossa evolução constitucional, o princípio da anterioridade vem perdendo substância, salvo no tocante aos tributos relativos ao patrimônio e a renda. Acredito que isso tem ocorrido para permitir que o Estado se utilize de tributos, revestidos de caráter predominantemente extrafiscal, no sentido de, em face de aspectos conjunturais da economia, tornar eficaz a sua política de crédito atingindo fundamentalmente poderosas empresas e grupos econômicos, em prol do interesse da coletividade, alcançando os cidadãos, pela via reflexa, em níveis manifestamente mitigados." (RDT 13-14:355).

¹³ In *Caderno de Pesquisas Tributárias - IOF*. São Paulo: Resenha Tributária, vol. 16, 1991. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins. pp. 83 a 103.

“Vê-se, assim, que este tributo não tem finalidades meramente fiscais, de obtenção de recursos para o Tesouro, mas objetivos *extra-fiscais* bem definidos e claros. Sua área de abrangência é setorializada sobre o mercado financeiro, inclusive, o de ouro, o de seguros, e o de capitais, especificamente.

O campo de incidência do I.O.F. está, como todos demais, demarcado pela Lei Maior. Dele não se pode fugir. Daí porque os fatos geradores ou as hipóteses de incidência desse imposto devem ser identificados dentro do contexto delimitado no ordenamento superior, na lei complementar, ou seja, no Código Tributário Nacional, e na sua lei de criação.

O que se lê no texto magno é que tais fatos geradores situam-se no âmbito das operações de crédito, de câmbio e de seguro, ou daquelas pertinentes a títulos ou valores mobiliários, e, ainda, na operação inicial de circulação de ouro, como ativo financeiro ou instrumento cambial, como já foi visto, e, por isso, é naquelas palavras chaves que se desenharam seus fatos geradores: operações, crédito, câmbio, seguro, títulos ou valores mobiliários e ouro-ativo financeiro ou instrumento cambial.

As operações de crédito aqui referidas são necessariamente as *operações ativas praticadas pelas instituições financeiras*. São as denominadas operações bancárias, aquelas em que os bancos põem dinheiro ou crédito à disposição de seus clientes, mediante atos jurídicos conceituados como contratos.” (grifamos).

O Constituinte de 1988 não foi diferente e, conforme já tivemos oportunidade de afirmar acima, instituiu o IOF como um instrumento do Governo Federal para intervenção no mercado financeiro, reforçando seu histórico perfil de tributo extrafiscal.

É o que reconhece Misabel Abreu Machado Derzi¹⁴, que ao comentar o artigo 153, V, da Constituição Federal, em comparação ao seu regime jurídico pretérito (anterior à Carta de 1988), afirma:

“O tributo mantém o seu perfil anterior, tradicional. Onera operações financeiras, independentemente de seu resultado, sem retratar a real capacidade econômica do contribuinte.

¹⁴ In *op. cit.*, nota 11, p. 462.

te. Atingindo atos financeiros, presta-se à perseguição de fins *extrafiscais*, que são de competência privativa da União, segundo a Constituição.” (grifamos).

Significa dizer, desde sua criação, até as mais recentes alterações, o IOF manteve sua finalidade regulatória do mercado financeiro, servindo ao preceituado no artigo 22, VII, da Constituição Federal, o qual determina competir, privativamente, à União Federal legislar sobre política de crédito, câmbio, seguro e transferência de valores (precisamente os fatos geradores eleitos para fins de incidência do IOF).

Mitigação dos Princípios da Legalidade e Anterioridade

Retomando, portanto, a pergunta formulada quando se tratou da *Coerência do Sistema*, tem-se que a única justificativa capaz de manter o equilíbrio do “móvil” é a de que as exceções ao princípio da legalidade e da anterioridade, previstas pelo constituinte nos artigos 150, § 1º, e 153, § 1º, da Constituição Federal, são imprescindíveis a que se possa dotar o *Estado-agente* de instrumentos de intervenção em mercados estratégicos para o desenvolvimento da nação.

Nesta medida, o Imposto de Importação, de Exportação, sobre Produtos Industrializados e o IOF são precisamente os tributos que instrumentalizam o Estado Brasileiro para fins de intervenção e regulação da balança comercial, do mercado interno, e do mercado financeiro, nos exatos termos dos incisos VII e VIII, do art. 22, da Constituição Federal, que determinam competir exclusivamente à União legislar, respectivamente, sobre política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores, e comércio exterior e interestadual.

Cumprir notar que foi exatamente em relação a estes 4 (quatro) impostos que o constituinte excepcionou os princípios da legalidade e da anterioridade, donde se constata, mais uma vez, a coerência do sistema, onde a eleição de um critério de discriminação coerente (necessidade de se dotar o Estado de instrumentos de intervenção em áreas estratégicas para o desenvolvimento da nação), harmoniza-se com as exceções impostas às limitações gerais ao poder de tributar, mantendo-se, como isso, o equilíbrio do “móvil”.

Esta, a nosso ver, a explicação que permite ver o sistema constitucional como coerente, tendo sido concebido dentro de um estrito senso de racionalidade por parte do legislador.

Dentro deste sistema foram inseridos determinados princípios que limitam o poder de tributar, mas que são excepcionados em casos especialmente escolhidos pelo legislador, de modo a dotar-se o Estado de instrumentos de intervenção em setores estratégicos para o desenvolvimento da nação, como por exemplo o comércio internacional (regulação da balança comercial), o mercado comercial interno e o mercado financeiro.

Dado este panorama o IOF apresenta-se como instrumento adequado ao controle e ao exercício do mercado e da política financeira, já que suas alíquotas poderão ser alteradas pelo próprio Poder Executivo, independentemente da edição de nova lei a cada oportunidade, respeitados os limites que o legislador houver fixado (restrição ao princípio da legalidade), e os eventuais aumentos ou alterações de sua disciplina têm vigência imediata, em exceção ao princípio da anterioridade, conforme garante a própria Constituição nos artigos 153, § 1º, e 150, § 1º, respectivamente.

Face a esta perspectiva passamos à análise objetiva da compatibilidade ou não da Lei nº 9.779/99 como o Sistema Tributário traçado pela Carta de 1988.

A Lei nº 9.779/99 e o Sistema da Constituição Federal de 1988

Determina a Lei nº 9.779/99, que as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física sujeitam-se à incidência de IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras.

Ocorre que assim determinando a Lei nº 9.779/99 criou nova hipótese de incidência para o IOF. Incidência esta, entretanto, incoerente em relação ao perfil constitucional deste imposto.

De fato, ao pretender que o IOF incida, também, sobre operações de mútuo que envolvam pessoas físicas e pessoas jurídicas não financeiras, o Poder Executivo alterou o perfil constitucional desse imposto, transformando-o em mais um instrumento de arrecadação de recursos, afastando-o de sua função de controle do mercado financeiro, o que, todavia, lhe é totalmente vedado.

Em que pese a argumentação daqueles que sustentam ser possível a exigência do IOF sobre quaisquer *operações de crédito*¹⁵, en-

¹⁵ De destacar-se a fundamentada posição de Roberto Quiroga (*Tributação no Mercado de Capitais*. São Paulo: Dialética, 1999. 2ª edição. pp. 108 e ss.), da qual, entretanto, discordamos.

tendemos que o IOF disciplinado pela Constituição Federal no artigo 153, V, é único e inconfundível, estando adstrito a ser um instrumento do Governo Federal para intervenção no mercado financeiro.

Qualquer tentativa de desviar-se deste norte implica a criação de um outro IOF, que em nada se confunde com a ferramenta dada ao Estado para exercer sua função de agente interventor dentro da vida da nação.

Implica criar um imposto de cunho fundamentalmente arrecadatório, em relação ao qual não se justifica, dentro do parâmetro do sistema coerente, a mitigação dos princípios da legalidade e anterioridade.

Transformando o IOF num imposto unicamente fiscal, a Lei nº 9.779/99 criou novo imposto, cuja semelhança com o IOF, delimitado no artigo 153, V, da Constituição Federal, restringe-se à identidade nominal.

À vista do exposto, a Lei nº 9.779/99 criou, em verdade, novo IOF, com fins estritamente arrecadatórios, incompatível como o perfil de instrumento de intervenção dentro do mercado financeiro traçado pela Constituição Federal de 1988, cuja aplicação implicaria a ruptura do sistema, e o desequilíbrio do "móvil".

Exigência de Lei Complementar na Instituição de Novos Impostos

Tendo a Lei nº 9.779/99 criado novo imposto, cuja identidade com o IOF previsto no artigo 153, V, da Constituição Federal é meramente nominal, tem-se que sua instituição jamais poderia ser veiculada por lei ordinária, mas sim através de lei complementar, conforme preceitua o artigo 154, I, da Constituição¹⁶.

É que a criação de um novo tributo, diverso dos discriminados na Constituição Federal, só pode ser operada pela União, sob o manto da competência residual, observada sua veiculação por lei complementar, atendido o princípio da não-cumulatividade, e desde que não tenha base de cálculo própria dos tributos discriminados na Constituição (art. 154, I).

Seja como for, em casos como este a Constituição Federal exige, fundamentalmente, lei complementar, o que não foi obedeci-

¹⁶ Competência residual da União Federal.

do, já que a Lei nº 9.779/99 é mera conversão de medida provisória, possuindo nítido caráter de lei ordinária.

Nesse sentido já tiveram oportunidade de se manifestar os Tribunais Regionais Federais da 2ª e da 3ª Região, afirmando, em casos idênticos ao presente (onde se pretendeu criar novo tributo sob o manto do IOF previsto no artigo 153, V, da Constituição Federal), a absoluta necessidade de veiculação através de lei complementar.

Confira-se:

“IOF - Ouro Ativo Financeiro - Tributo Novo - Necessidade de Lei Complementar

Apelação Cível nº 339681

Registro nº 96.03.075739-0

Relator: Des. Fed. Baptista Pereira

Ementa

Processual Civil e Tributário. Ação de repetição do indébito. IOF. Ouro. Lei nº 8.033/90. Destinação. Ativo Financeiro. Tributo Novo. Necessidade de Lei Complementar, Art 154, I, CF. Inconstitucionalidade em AC nº 172498. Juros de Mora Contados a Partir do Trânsito em Julgado da Decisão, à Razão de 1% (Um por Cento) ao Mês. Correção Monetária. Súmula 162 do STJ. Verba Honorária Mantida.

I. O imposto sobre operações financeiras referente ao resgate de ativo representado por ouro, é inconstitucional, visto que só poderia ser estabelecido mediante lei complementar, nos termos do art. 154, inciso I, da Constituição Federal.

II. Precedente (Arguição de Inconstitucionalidade em AC nº 172498).

III. Correção monetária na forma da Súmula 162 do STJ, juros de mora, a partir do trânsito em julgado da ação, à razão de 1% (um por cento) ao mês de verba honorária que se mantém como fixados.

IV. Recurso voluntário e remessa oficial improvidos¹⁷.

“IOF - Ações - Transmissão - Competência - Lei Complementar - Necessidade

¹⁷ DJU 2 de 21.5.97, p. 35.954, RDDT 23:217.

Apelação em Mandado de Segurança nº 96.02.16187-6/RJ
Registro nº 96.02.075739-0

Relator: Des. Fed. Castro Aguiar

Ementa

Tributário Transmissão de Ações - IOF - Competência Residual - Necessidade de Lei Complementar.

I - A Lei nº 8.033/90, que criou IOF sobre transmissão de ações, instituiu novo imposto, com desrespeito a preceitos e princípios constitucionais que disciplinam a atividade tributária do Estado.

II - Somente por lei complementar poderia a União utilizar-se de sua competência residual, instituindo imposto novo (art. 154, I, da CF).

III - Apelação e remessa necessária improvidas¹⁸.

Conclusão forçosa é a de que em se tratando de novo imposto, conforme demonstrou-se no capítulo anterior, o IOF incidente sobre operações de mútuo contratadas entre pessoa física e pessoa jurídica, e entre pessoas jurídicas não-financeiras não poderia ter sido instituído por meio de lei ordinária (Lei nº 9.779/99, mera conversão da Medida Provisória nº 1.788/98), sendo imprescindível sua veiculação por lei complementar, nos termos do artigo 154, I, da Constituição Federal.

Conclusão

Visto, assim, que o IOF previsto no artigo 153, V, da Constituição Federal não é um tributo de cunho meramente arrecadatório, tendo sido forjado pelo legislador constituinte como um instrumento de intervenção do Estado no mercado financeiro, qualquer previsão de incidência que se desvie deste perfil é flagrantemente inconstitucional, implicando a ruptura do sistema.

Neste sentido, portanto, a Lei nº 9.779/99 é inconstitucional, pois instituiu *um* IOF incidente sobre operações de mútuo contratadas entre pessoa física e pessoa jurídica, e entre pessoas jurídicas não-financeiras, operações estas que em nada se relacionam com o mercado financeiro, gerando incoerência dentro do sistema, na medida que se afasta do perfil constitucional traçado para este imposto.

¹⁸ DJU 2 de 23.9.97, p. 770.373, RDDT 29:122/123.

Por fim, tratando-se de imposto novo, tem-se que sua instituição jamais poderia ter sido veiculada por lei ordinária (conversão de medida provisória), sendo obrigatória a observância da via complementar, nos termos do artigo 154, I, da Constituição Federal.

Cofins, PIS e a Lei 9.718, de
27 de Novembro de 1998

MISABEL ABREU MACHADO DERZI

*Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito
da UFMG. Professora Titular da Faculdade de Direito Milton Campos.
Procuradora Geral do Estado de Minas Gerais.*

