

Coordenação

SACHA CALMON NAVARRO COELHO

*Professor Titular de Direito Tributário da UFRJ. Doutor em Direito
Público pela UFMG. Presidente Honorário da ABRADT. Vice-Presidente
da ABDF. Membro da IFA*

Advogado

CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, inverno de 2007
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.editoraquartier.com.br

3. Alusão ao Quadro Comunitário	578
4. O Sistema Português de Segurança Social.....	579
II. O Financiamento da Segurança Social.....	586
5. Os regimes contributivos e não contributivos.....	586
6. As fontes de financiamento.....	587
7. O Financiamento dos Subsistemas	592
8. O Fundo de Estabilização Financeira da Segurança Social	596

Da Impossibilidade de Exigência da Contribuição sobre a Folha de Pagamentos Relativa às Verbas Definidas em Sentença Trabalhista Transitada em Julgado como Indenizatória, 599

JÚNIA ROBERTA GOUVEIA SAMPAIO

I. Introdução.....	600
II. A Competência da Justiça do Trabalho e as Questões Previdenciárias...	602
III. Dos Efeitos da Sentença Proferida na Justiça do Trabalho Perante o INSS.....	605
VI. Da Impossibilidade de o INSS Executar na Justiça Comum Verbas Definitivas Determinadas pela Justiça do Trabalho como Indenizatórias	611
VII. Da Base de Cálculo Presumida Prevista no Parágrafo Único em Virtude da Ausência de Discriminação das Parcelas Indenizatórias	614
VIII. Dos Acordos Promovidos Perante a Justiça do Trabalho	616
IX. Conclusões.....	620

O Fato Gerador da CPMF e as Operações Alheias ao Sistema Financeiro, 623

LUÍS EDUARDO SCHOUERI

FLÁVIO RUBINSTEIN

I. Introdução.....	624
II. Caracterização do Inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96 Como Cláusula Geral.....	625
III. Os Limites do Inciso VI do Art. 2º da Lei nº 9.311/96.....	628

A Causa Final e a Regra Matrix das Contribuições, 635

MISABEL ABREU MACHADO DERZI

O FATO GERADOR DA CPMF E AS OPERAÇÕES ALHEIAS AO SISTEMA FINANCEIRO

I. INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 12, de 15/08/1996, foi incluído o art. 74 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), estabelecendo que a União passava a poder instituir *contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira*.

Por meio da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, a União exerceu a competência tributária que lhe havia sido conferida por tal emenda constitucional e instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira ("CPMF"), tributo inicialmente de caráter provisório, cujas receitas destinavam-se integralmente ao financiamento do Fundo Nacional de Saúde.

A mencionada lei instituiu a cobrança da CPMF inicialmente por um prazo de treze meses, prazo este prorrogado por onze meses pela Lei nº 9.359/97. Deste modo, a cobrança da contribuição alcançou a marca de dois anos, prazo máximo permitido pelo texto da EC nº 12/96.

Para contornar a referida limitação de prazo, a EC nº 21/99 alterou o art. 75 do ADCT, o qual passou a dispor que o prazo para a cobrança da CPMF seria prorrogado por trinta e seis meses. Posteriormente, tal prazo foi prorrogado duas outras vezes: pela EC nº 37/02, até 31 de dezembro de 2004, e pela EC nº 42/03, até 31 de dezembro de 2007.

A par de diversas outras questões controversas suscitadas pela instituição da CPMF, aquela relativa à inserção das operações alheias ao sistema financeiro no fato gerador desta contribuição apresenta crescente interesse, motivando o presente artigo.

Dentre as situações eleitas pelo legislador da CPMF para configurar o fato gerador da contribuição, constam as operações alheias ao sistema financeiro, porquanto o texto do inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96 faz referência a *qualquer outra movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (...) independentemente da pessoa que a efetue*.

Surge, de imediato, a seguinte indagação: a evidente amplitude do dispositivo acima aludido permitiria a caracterização de toda e qualquer operação alheia ao sistema financeiro como fato gerador da CPMF?

Não tem este estudo a pretensão de esgotar todas os questionamentos que o referido tema vem provocando no debate pátrio, mas apenas de apresentar os contornos gerais da problemática, sob a ótica da compatibilidade entre as cláusulas gerais e a teoria do fato gerador no Direito Tributário.

Seguindo essa orientação, partir-se-á da identificação do inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96 de modo a suscitar o debate e a reflexão sobre os contornos da inserção de tais operações como fato gerador da CPMF.

II. CARACTERIZAÇÃO DO INCISO VI DO ART. 2º DA LEI Nº 9.311/96 COMO CLÁUSULA GERAL

Conforme determina o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.311/96, considera-se *movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira* qualquer operação liquidada ou lançamento realizado por instituições financeiras, bancos comerciais, mercados de liquidação futura, entre outros, que representem circulação escritural ou física de moeda, e de que resulte ou não transferência de titularidade dos referidos valores, créditos e direitos.

A “movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira”, portanto, refere-se à transferência de valores através do sistema financeiro, entre dois pólos, representados por duas pessoas físicas ou jurídicas. O conceito de movimentação, portanto, difere substancialmente dos conceitos de guarda ou mero transporte de valores¹.

O legislador de 1996, no art. 2º da Lei nº 9.311 define o fato gerador da CPMF, estabelecendo que a contribuição incidirá sobre as seguintes hipóteses:

“I - o lançamento a débito, por instituição financeira, em contas correntes de depósito, em contas correntes de empréstimo, em contas de depósito de poupança, de depósito judicial e de depósitos em consignação de pagamento de que tratam os parágrafos do art. 890 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, introduzidos pelo art. 1º da Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994, junto a ela mantidas;

1 Cf. Ives Gandra da Silva Martins. *A hipótese de imposição da CPMF e sua inexistência nas operações em que as instituições financeiras são mandatárias*, in *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 66, março/2001, pp. 54-55.

II - o lançamento a crédito, por instituição financeira, em contas correntes que apresentem saldo negativo, até o limite de valor da redução do saldo devedor;

III - a liquidação ou pagamento, por instituição financeira, de quaisquer créditos, direitos ou valores, por conta e ordem de terceiros, que não tenham sido creditados, em nome do beneficiário, nas contas referidas nos incisos anteriores;

IV - o lançamento, e qualquer outra forma de movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, não relacionados nos incisos anteriores, efetuados pelos bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial e caixas econômicas;

V - a liquidação de operação contratadas nos mercados organizados de liquidação futura;

VI - qualquer outra movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira que, por sua finalidade, reunindo características que permitam presumir a existência de sistema organizado para efetivá-la, produza os mesmos efeitos previstos nos incisos anteriores, independentemente da pessoa que a efetue, da denominação que possa ter e da forma jurídica ou dos instrumentos utilizados para realizá-la."

Observa-se que o dispositivo acima transcrito estabelece, nos cinco primeiros incisos, hipóteses específicas de incidência da CPMF, dotadas de amplo grau de delimitação conceitual, relativas a operações realizadas no sistema oficial de liquidação de créditos e obrigações, qual seja, o bancário.

De outra parte, o inciso VI do mesmo art. 2º determina que será também considerada como fato gerador da CPMF qualquer movimentação ou transmissão de valores ou créditos de natureza financeira, desde que produzam os mesmos efeitos previstos pelos incisos I a V, independentemente da pessoa que a efetue (abrangendo, assim, as chamadas "operações alheias ao sistema financeiro").

O dispositivo em comento, consoante observa ROBERTO QUIROGA MOSQUERA, determina a incidência da CPMF nos casos em que sejam realizadas operações em ambiente não-bancário, porém com as mesmas características e finalidades deste ambiente. O legislador teria pretendido, assim, impedir que

se estabelecessem sistemas paralelos de liquidação de créditos e obrigações, resultante do surgimento de intermediários não-bancários que exerçam o papel das entidades financeiras².

A equiparação, para fins de tributação pela CPMF, de operações financeiras realizadas no ambiente bancário (“sistema financeiro”) e operações financeiras alheias a este ambiente, mas que apresentem as mesmas finalidades daquelas primeiras operações, preserva o sistema financeiro ao evitar que agentes externos ao sistema sejam beneficiados por escaparem ao fato gerador da referida contribuição.

Nesse passo, o inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96, ao qualificar a transmissão e movimentação de valores por entidades que não são instituições financeiras como fato gerador da CPMF, configura descrição ampla da hipótese de incidência de tal contribuição, revestindo-se das características de “cláusula geral” em matéria tributária.

As mencionadas cláusulas gerais configuram descrições amplas da hipótese de incidência, que acabam por permitir ao aplicador da lei atender às peculiaridades do caso concreto³.

Pode-se entender a noção de cláusulas gerais a partir de seu oposto: as hipóteses de incidência “casuísticas”, raciocínio que resulta na compreensão das cláusulas gerais como aquelas formulações das hipóteses de incidência que, por sua generalidade, alcançam um amplo campo.

O emprego de cláusulas gerais em matéria tributária, mais do que possível, é uma verdadeira exigência, tendo em vista que a tributação baseia-se em fenômenos econômicos, em constante evolução, cuja descrição se tornaria impossível, ou inútil, sem aqueles.

A impossibilidade firma-se diante das inúmeras variáveis que denotam a complexidade do fenômeno econômico; a inutilidade se revela diante do fato de o sistema tributário ainda se basear em cânones como o da anterioridade, o que implica ficar o legislador impotente diante do dinamismo do processo econômico.

2 Cf. Roberto Quiroga Mosquera. *Direito monetário e seus reflexos no direito tributário (a circulação da moeda como fato jurídico-tributário)*, tese (doutorado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, p. 363.

3 Para um exame detalhado das cláusulas gerais em matéria tributária, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*, Rio de Janeiro, Forense, 2005.

A questão, pois, não está na possibilidade de empregarem-se tais cláusulas gerais e conceitos indeterminados, mas em seus limites, campo no qual se deve recorrer aos parâmetros da segurança jurídica.

Assim, conquanto as cláusulas gerais sejam admissíveis em matéria tributária, não se pode admitir serem elas “vagas” a ponto de deixar à discricionariedade do Executivo determinar os limites da liberdade e propriedade dos cidadãos.

A constatação de que o inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96 configura uma cláusula geral, portanto, não equivale a afirmar ser tal dispositivo uma “carta branca” conferida pelo legislador às autoridades fiscais para que estas preencham a descrição ampla da hipótese de incidência da CPMF como lhes pareça mais conveniente.

Muito pelo contrário, a referida descrição ampla, sendo uma cláusula geral em matéria tributária, encontra limites veiculados pelo sistema constitucional e pela própria lei instituidora da CPMF.

Cumprido, então, investigar quais critérios devem informar a delimitação das situações concretas passíveis de enquadramento no fato gerador abstrato previsto na norma em tela, de modo a impedir que a referida cláusula seja geral e vaga a ponto de abranger toda e qualquer transmissão e movimentação de valores por entidades não-financeiras.

III. OS LIMITES DO INCISO VI DO ART. 2º DA LEI Nº 9.311/96

O legislador tributário, ao prever determinada cláusula geral, opta por delimitar o alcance do fato gerador estabelecendo uma finalidade extrafiscal – distinta, portanto, da mera arrecadação de recursos – a ser alcançada.

Cabe, aqui, mencionar a advertência feita por MARCO AURÉLIO GRECO, para quem, partindo-se da imprecisão de uma norma de caráter finalístico, o intérprete desatento poderia chegar ao ponto de afirmar que qualquer meio é legítimo para a obtenção do fim constitucional previsto em tal norma⁴.

4 Cf. Marco Aurélio Greco. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*, São Paulo, Dialética, 2000, p. 124.

Mediante tal raciocínio hermenêutico superficial, reputar-se-ia constitucional qualquer norma que intentasse concretizar determinada finalidade, independentemente dos meios previstos para tanto.

Em uma aproximação mais cautelosa do intérprete, contudo, deve-se concluir que o fato de a Constituição não vedar a edição de leis versando sobre determinadas finalidades (como a manutenção e proteção do sistema financeiro) não implica a atribuição ao legislador de uma competência ilimitada. Muito pelo contrário, apesar da vagueza característica das normas finalísticas, existe um limite decorrente da própria definição do critério finalístico que as reveste.

Caso se cogitasse de solução em sentido contrário, estar-se-ia admitindo a edição de normas tributárias prevendo cláusulas tão gerais a ponto de todas as situações poderem nelas ser enquadradas, verdadeiros fatos geradores “em branco”, o que implicaria clara contradição com os ditames da segurança jurídica.

Por óbvio, a definição exata da amplitude dos limites de uma norma finalística não é tarefa simples. A dificuldade do intérprete consiste justamente em determinar qual é o âmbito de atuação das referidas normas finalísticas: em outras palavras, até onde se pode ir na busca do fomento de determinada finalidade constitucional.

Para tal determinação, há que se buscar uma conciliação entre os ditames da segurança jurídica, de um lado, e a necessidade de permitir que a norma tributária, no caso o inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96, acompanhe o movimento dinâmico da economia e atenda à finalidade prevista no ordenamento jurídico.

Na busca dessa conciliação, parece correto recorrer à noção de “exatidão suficiente” (*hinreichende Genauigkeit*)⁵, denotando-se, mais uma vez, um conceito indeterminado – desta vez doutrinário – que busca expressar a necessidade de ponderação, em cada caso, dos valores envolvidos.

A referida ponderação de valores é o que se costuma denominar postulado da razoabilidade e proporcionalidade. Embora se trate de expressões que, em sua origem e aplicação, podem apresentar diferenças⁶, aproximam-se am-

5 Cf. Johannes A. Brinkmann *Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung und formeller Gesetzesbegriff*, Colônia, Peter Deubner, 1982, p. 8.

6 Helenilson Cunha Pontes apresenta as seguintes diferenças entre proporcionalidade e razoabilidade: (i) que a exigência da motivação racional da decisão que aplica a

bas sobremaneira, a ponto de hoje poderem ser tidas por confluentes, “rumo ao (super) princípio da *ponderação de valores e bens jurídicos*, fundante do próprio Estado de Direito Democrático contemporâneo (pluralista, cooperativo, publicamente razoável e tenente ao justo)”⁷.

O postulado da proporcionalidade dá-se, na solução de um caso concreto, pela verificação de três elementos essenciais: a *adequação* dos meios utilizados pelo legislador na consecução dos fins pretendidos; a *necessidade* da utilização daqueles meios; e a efetiva *razoabilidade* da medida (proporcionalidade em sentido estrito), aferida a partir da ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos⁸.

Aplicando-se o referido postulado, o tema da determinação conceitual resolve-se na medida em que se passa a exigir que a inserção de cláusulas gerais passe pelos critérios acima propostos.

A *adequação* constatar-se-á quando se verificar que a complexidade do fenômeno a ser tributado não se permite descrever em termos mais precisos; a *necessidade*, conforme se trate de fenômeno mais ou menos dinâmico e a *razoabilidade* tomar-se-á tendo em conta o objetivo da medida, que é o de garantir que contribuintes em situação equivalente fiquem sujeitos a igual tributação.

Há que se examinar, então, se a norma em tela atende aos três elementos essenciais do postulado da proporcionalidade acima referidos.

O inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96, sendo uma cláusula geral, revela a opção do legislador por não delimitar a abrangência da norma por conceitos adrede construídos, mas estabelecendo uma finalidade a ser alcançada, a partir da qual o conceito se constrói à luz da realidade em que se insere.

última é maior que a que aplica o princípio da razoabilidade; (ii) no conteúdo, enquanto a proporcionalidade inclui juízo acerca da relação meio-fim, a razoabilidade prescinde daquela relação; (iii) na natureza, a proporcionalidade surge como princípio jurídico de direito, constituindo uma aspiração constitucional, enquanto a razoabilidade se limita a ser um princípio geral de interpretação; e (iv) em sua função, a razoabilidade desempenha função de bloqueio, enquanto a proporcionalidade, além da função de bloqueio (vedação ao arbítrio), desempenha função de resguardo, ao assegurar a concretização dos interesses constitucionais. Cf. Helenilson Cunha Pontes. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, 2000, pp. 86 e ss.

7 Cf. Ricardo Aziz Cretton. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua Aplicação no Direito Tributário*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 75.

8 Cf. Paulo Arminio Tavares Buechele. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 125.

De fato, tal norma não define critérios fixos e determinados de aplicabilidade, diferentemente do que fazem os incisos precedentes do mesmo art. 2º, mas categorias abertas, que permitem a inclusão de diversos meios para a obtenção da finalidade por ela veiculada.

Essa finalidade, como se anteviu, é o desestímulo, por meio da tributação equivalente de operações financeiras realizadas no sistema bancário e fora dele, à estruturação de sistemas paralelos de liquidação de créditos e obrigações.

O legislador do inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96 estabeleceu, expressamente, como requisito de adequação de situações concretas à norma, a produção de efeitos, por movimentações ou transmissões de valores e de créditos e direitos de natureza financeira efetuadas em sistema organizado, equivalentes àqueles previstos nos incisos anteriores.

Assim, não é qualquer movimentação ou transação de créditos e direitos de natureza financeira realizada fora do sistema bancário que pode ser enquadrada na cláusula geral do inciso VI do referido art. 2º, mas apenas e tão-somente aquelas operações que produzam os mesmos efeitos previstos nos cinco primeiros incisos de tal dispositivo.

Parece correto afirmar que as operações financeiras “alheias ao sistema financeiro” apenas podem apresentar os mesmos efeitos daquelas efetuadas em ambiente bancário se praticadas por agentes estruturados em um sistema paralelo de liquidação de créditos e obrigações.

A título de exemplo, operações de compensação diretamente realizadas entre empresas do mesmo grupo, decorrentes da centralização da aquisição de insumos ou do compartilhamento de serviços, não apresentam os mesmos efeitos de operações efetuadas em ambiente bancário. Não se trata de negociação em um sistema paralelo de liquidação de créditos e obrigações, mas de mera remuneração de custos incorridos por uma das empresas do grupo no interesse das demais.

Outrossim, a finalidade de preservação do sistema financeiro encontra-se em perfeita consonância com o conteúdo do Capítulo IV (“Do Sistema Financeiro Nacional”) do Título “VII” da Constituição Federal (“Da Ordem Econômica e Financeira”), no qual o constituinte disciplinou os princípios basilares da atividade financeira. Merece ser destacado o art. 192 do texto constitucional, o qual prevê ser o *sistema financeiro nacional estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem.*

Identifica-se, na leitura do dispositivo acima apontado, o desiderato constitucional de adequada estruturação do sistema financeiro nacional, com o intuito de fomentar o desenvolvimento pátrio e atender aos interesses da nação. Trata-se de área sensível, que exige a intervenção a qualquer momento por parte do Poder Público para preservá-la.

Para a concretização de tal desiderato faz-se necessário, dentre outros fatores, manter a unidade do sistema financeiro nacional, coibindo a estruturação dos já mencionados sistemas paralelos de liquidação de créditos e obrigações.

De fato, como já se expôs, por meio do artigo 2º da Lei nº 9.311/96, pretendeu o legislador fazer a CPMF incidir também nas operações financeiras realizadas fora do âmbito do mercado financeiro e de capitais, desde que tais operações produzam os mesmos efeitos daquelas praticadas neste ambiente.

Com base na análise da finalidade da cláusula geral em comento, parece assentado concluir que ela se reveste de exatidão suficiente, em decorrência da presença dos critérios essenciais do postulado da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e razoabilidade.

De fato, a adoção da cláusula geral em tela pode ser considerada veículo adequado para a tributação das atividades financeiras realizadas fora do ambiente bancário, mas com efeitos equivalentes às negociações realizadas neste ambiente, uma vez que a complexidade do fenômeno financeiro não se permite descrever em termos mais precisos.

Também o critério de necessidade faz-se presente, tendo em vista que se trata de fenômeno extremamente dinâmico a determinação de quais liquidações de créditos e obrigações “alheias ao sistema financeiro” produzem efeitos equivalentes àquelas realizadas em ambiente bancário.

Ainda, verifica-se o elemento da razoabilidade, tendo em conta o objetivo da medida, que é o de garantir que contribuintes em situação equivalente fiquem sujeitos a igual tributação.

Desse modo, o inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96 parece conciliar os ditames da segurança jurídica, de um lado, à necessidade de permitir que a norma tributária acompanhe o movimento dinâmico da economia e atenda à finalidade de preservação do sistema financeiro.

Em suma, a cláusula geral do inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96 apresenta um grau de determinação suficiente, encontrando-se limitada pela

própria finalidade da norma, qual seja, a preservação do sistema financeiro nacional, valor este normatizado no art. 192 do texto constitucional.

Ressalve-se que a conclusão acima se baseia no entendimento de que a cláusula geral do inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96 não é aberta a ponto de abranger toda e qualquer operação alheia ao sistema financeiro, tendo em vista que o alcance respectivo fato gerador encontra-se limitado pela finalidade presente em tal norma.

Diante da identificação da abertura do dispositivo, contudo, um segundo entendimento poderia ser cogitado, qual seja, o de que a descrição do fato gerador seria demasiadamente amplo e geral, configurando norma tributária “em branco”. Nesse raciocínio hermenêutico, faltaria ao inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96 grau de determinação suficiente para atender os ditames da segurança jurídica, implicando conseqüente inconstitucionalidade⁹. Entendemos que tal cláusula geral não precisa ser lida com tamanha amplitude e indefinição, precisamente pela finalidade que apresenta, a qual atua critério delimitação das situações passíveis de caracterização como fato gerador da CPMF.

Desde que se entendam como operações “alheias ao sistema financeiro” aquelas efetuadas em ambientes não-bancários (sistemas paralelos de liquidação de créditos e obrigações), pode ser adotada uma interpretação conforme a Constituição. Tal raciocínio hermenêutico elegeria, dentre aquelas possíveis interpretações da cláusula geral do inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96, a que torna viável sua compatibilidade com o texto constitucional, ao reconhecer a delimitação da amplitude do respectivo fato gerador pela finalidade da norma (preservação do sistema financeiro nacional).

Não há, então, incompatibilidade entre a teoria do fato gerador da obrigação tributária e o emprego de cláusula geral no caso em tela, já que tal cláusula parece dotada de um mínimo de determinação em razão da finalidade que apresenta, atendendo ao postulado da proporcionalidade e respeitando os ditames da segurança jurídica.

9 Cf. Roberto Quiroga Mosquera. Op. cit. (nota 2), pp. 362-363