

P A R E C E R

PGFN/CRF/Nº 733/90

SIDERURGIA BRASILEIRA S.A. - SIDERBRÁS - Em Liquidação.

Assembléia Geral Extraordinária.

A Siderurgia Brasileira S. A. - SIDERBRÁS - Em Liquidação, realizará em 26 de outubro do corrente, assembléia geral extraordinária para deliberar sobre a seguinte ordem do dia:

- a) autorização ao Liquidante para aditar a escritura de emissão de debêntures firmada em 02.09.88, a fim de capitalizar a parcela relativa a juros vencidos e fixar novos prazos de amortização e encargos financeiros incidentes sobre o principal;
- b) aprovação do Balanço Patrimonial Extraordinário levantado em 05.04.90;
- c) outros assuntos de interesse geral.

2. Consoante os artigos 3º e 4º do Decreto nº 89.309, de 18 de janeiro de 1984, alterado pelo Decreto nº 92.452, de 10.03.86, foi ouvida a Secretaria da Fazenda Nacional.

II

3. O Departamento do Tesouro Nacional em seu Parecer DTN/COREF/DIMOB nº 188, de 25 de outubro de 1990, nada tem a objetar quanto à pretendida autorização para se aditar a mencionada escritura de emissão de debêntures, inclusive porque inexistente dotação orçamentária suficiente para cobertura tempestiva dos compromissos vencidos.

4. Entende, apenas, que também seria de se aprovar na AGE, a inclusão de item sobre a negociabilidade das debêntures, como segue:

"As debêntures, a partir de 15.11.90, dividir-se-ão em negociáveis e inegociáveis. Na escritura, serão consideradas negociáveis as debêntures cujos titulares não indicarem à SIDERBRÁS, até 14.11.90, que pretendem convertê-las, ou parte delas, em inegociáveis."

5. A proposta para que seja encaminhada sugestão, ao Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, no sentido de se examinar a possibilidade de troca, após a assinatura do aditamento em questão, das debêntures por títulos da dívida pública, o DTN, também, nada tem a opor, entendendo que, por ser uma simples sugestão, poderia ser adotada independentemente de autorização de assembleia dos acionistas.

6. A matéria relativa ao segundo item da ordem do dia da AGE, aprovação do balanço patrimonial extraordinário levantado em 5 de abril de 1990, é essencialmente contábil, foi analisado pelo DTN, que concluiu que pode ser aprovado pelo representante da União, na AGE, com as ressalvas feitas pelos auditores independentes.

7. Ocorre que, foi encaminhado a esta Procuradoria pela Secretaria da Fazenda Nacional, o OF/LIQ/01/Nº 351/90 de 25 de outubro de 1990, no qual noticia que a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, através de um telex encaminhado ao Liquidante da Empresa, concluiu que o Balanço Patrimonial levantado em 5 de abril de 1990 não lhe pareceria em condições de ser submetido à assembleia geral de acionistas convocada para o dia 26/11/90.

8. Considerando estas informações, sugerimos que a aprovação do citado balanço seja adiado para ulterior assembleia, a fim de que o Departamento do Tesouro Nacional se pronuncie sobre o assunto.

9. O Dr. Luiz Jorge de Oliveira, Coordenador da COREF/DTN, em despacho anexo ao Parecer do DTN, assim se manifestou:

"Conforme orientação recebida da Secretaria da Fazenda Nacional, o item "I - Capitalização de Juros" seria aprovado com a seguinte redação:

"Os juros vencidos e não pagos em 07.01.90 e em 07.07.90 e os juros incorridos no período de 07.07.90 a 15.11.90, calculados nestes na forma abaixo, serão incorporados ao principal das debêntures, mediante a assinatura de um novo termo aditivo, em 15 de novembro de 1990.

Nestas condições, os Debenturistas dão-se por atendidos em todos os seus direitos relacionados com as debêntures até 15.11.90".

O tópico "II - Encargos Financeiros" seria aprovado como segue:

"A partir de 07 de julho de 1990, todas as Séries de Debêntures passariam a ter as seguintes condições:

- a) atualização do valor nominal: pela variação do IGP;
- b) juros: 6% (seis por cento) a.a.;
- c) período de capitalização: 6 (seis) meses corridos, vencendo-se em cada dia 15 de maio e 15 de novembro de cada ano.
 - (i) o primeiro período se estende de 07 de julho de 1990 a 15 de novembro de 1990;
 - (ii) os demais períodos serão de 6 (seis) meses corridos;
- d) pagamento e capitalização de juros vencidos: os juros relativos aos períodos de 15.11.90 a 15.05.91 e 15.05.91 a 15.11.91 serão integralmente capitalizados em suas respectivas datas de apuração, quando se agregarão ao principal da dívida; os juros relativos aos períodos de 15.11.91 a 15.05.92 e 15.05.92 a 15.11.92 serão pagos pela metade e capitalizados pela outra metade, em suas respectivas

datas de apuração;

- e) data de vencimento final: 15 de novembro de 2.000;
- f) amortização: ao final de cada período de capitalização, a partir de 15 de maio de 1994, em 14 parcelas semestrais e sucessivas, dos seguintes percentuais de principal corrigido de cada título:
 - (i) duas parcelas de 1,5% cada uma, em 15 de maio e 15 de novembro de 1994;
 - (ii) duas parcelas de 2,0% cada uma, em 15 de maio e 15 de novembro de 1995;
 - (iii) duas parcelas de 2,5% cada uma, em 15 de maio e 15 de novembro de 1996;
 - (iv) duas parcelas de 4,0% cada uma, em 15 de maio e 15 de novembro 1997;
 - (v) quatro parcelas de 12,5% cada uma, em 15 de maio e 15 de novembro de 1998 e de 1999, respectivamente;
 - (vi) duas parcelas de 15,0% cada uma, em 15 de maio e 15 de novembro de 2.000".

III

10. De todo o exposto, conclui-se que pode o Sr. Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou Procurador da Fazenda Nacional por ele designado, comparecer à assembléia geral extraordinária da

SIDERBRÁS - Em Liquidação, e votar nas matérias constantes da ordem do dia, com as ressalvas feitas neste Parecer.

É o parecer, s.m.j.

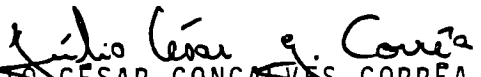
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 25 de outubro de 1990.


INEZ MARIA SANTOS DE SÁ ARAÚJO
Procuradora da Fazenda Nacional

De acordo.

À superior consideração do Sr. Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

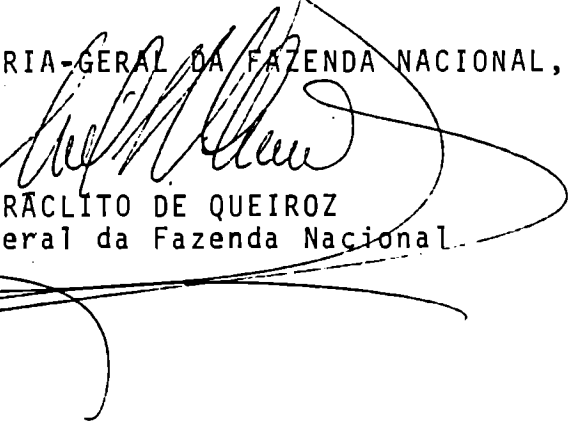
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 25 de outubro de 1990.


JÚLIO CESAR GONÇALVES CORRÊA
Coordenador de Representação da Fazenda Nacional

De acordo.

À elevada apreciação da Exma. Sra. Ministra da Economia, Fazenda e Planejamento.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 25 de outubro de 1990.


CID HERÁCLITO DE QUEIROZ
Procurador-Geral da Fazenda Nacional

Processo nº : 10168.001488/90-63

Interessado : Siderurgia Brasileira S.A. - SIDERBRÁS - Em Liquidação


Assunto : Assembléia Geral Extraordinária

Despacho : Com base nos Pareceres da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Fazenda Nacional, autorizo o representante da União, na assembléia geral extraordinária da SIDERBRÁS - Em Liquidação, a votar:

- I - pela autorização ao Liquidante para aditar a escritura de emissão de debêntures firmada em 02 de setembro de 1988, a fim de capitalizar parcela relativa a juros e fixar novos prazos de amortização e encargos financeiros incidentes sobre o principal, nas condições constantes no Parecer DTN/COREF/DIMOB/Nº 188, de 25/10/90;
- II - pelo encaminhamento, ao Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, da proposta, negociada pelos debenturistas, visando a troca das debêntures referidas no inciso I, por títulos da dívida pública;
- III - pelo adiamento, para ulterior assembléia, da deliberação sobre o Balanço Patrimonial Extraordinário, levantado em 5 de abril de 1990.

Restitua-se o presente processo à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Brasília, 26 de outubro de 1990.


ZÉLIA MARIA CARDOSO DE MELLO
Ministra da Economia, Fazenda e
Planejamento

PARECER

PGFN/CAJE/Nº 733/90 - A

A constitucionalidade da exigência do IOF ouro prevista na Lei nº 8.033/90 e a destinação da receita.


I
AS QUESTÕES SUSCITADAS

A Lei nº 8.033, de 12.4.90, promulgada pelo Congresso Nacional face à aprovação das Medidas Provisórias nºs 160, de 15.3.90, e 171, de 17.3.90, alterou a legislação do imposto sobre operações financeiras, instituindo incidências transitórias sobre a transmissão de ouro definido pela legislação como ativo financeiro e a transmissão ou resgate de título representativo de ouro, dentre outros fatos (art. 1º, II e III).

2. Em face de ações propostas contra a União perante o Poder Judiciário, nas quais se discute a constitucionalidade do IOF ouro previsto na Lei nº 8.033/90 e, ainda, considerando as dúvidas suscitadas quanto à destinação do produto da arrecadação dessa exação, em vista do § 5º do art. 153 da Constituição, a Exma. Sra. Ministra da Economia, Fazenda e Planejamento solicita o parecer desta Procuradoria Geral.

II
O IOF

3. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários foi



introduzido pela Emenda nº 18, de 1.12.65, à Constituição de 1946, que procedeu à reforma tributária, modernizando o sistema, que tinha por base a mera ocorrência de fatos jurídicos, sem considerar o conteúdo econômico e a conjuntura.

4. Assim, surgiu o IOF, em substituição ao antigo Imposto do Selo tributava atos e negócios jurídicos, sem qualquer atenção com seu conteúdo econômico, visando exclusivamente arrecadação fiscal. O IOF, ao contrário, foi projetado constitucionalmente como tributo de natureza extrafiscal, ou seja, a par de operar como exação, constituiu-se em importante instrumento de política monetária. Para harmonizá-lo com essa natureza instrumental extrafiscal, a Constituição ressalvou o IOF da regra da anterioridade e da reserva legal absoluta, admitindo a sua cobrança no mesmo exercício em que instituído ou aumentado e autorizando o Poder Executivo a modificá-lo alíquotas e base de cálculo nas condições e limites da lei.

5. Introduzido com a reforma da Emenda nº 18 à Constituição de 1946 e estruturado no Código Tributário Nacional, foi mantido pela Constituição de 1967 e Emendas posteriores, bem assim pela recente Constituição de 1988, sendo tratado nos artigos 153, V, §§ 1º e 5º, e 150, § 1º, *verbis*:

"Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

.....
V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
.....

§ 1º - 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.
.....

§ 5º - O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do caput deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos:

I - trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem;

II - setenta por cento para o Município de origem.



.....
Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça;

.....
III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

.....
§ 1º - A vedação do inciso III, "b", não se aplica aos impostos previstos nos arts. 153, I, II, IV e V e 154, II."

6. Pelo princípio da recepção, mormente albergado no § 5º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o atual Código Tributário Nacional supre a necessidade de lei complementar, até que outra seja editada. Sobre o IOF, diz o CTN, verbis:

"Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato gerador:

I - quanto às operações de crédito, sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado;

.....
IV - quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, a emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, na forma da lei aplicável.

Parágrafo único. A incidência definida no inciso I exclui a definida no inciso IV, e reciprocamente, quanto à emissão, ao pagamento ou resgate de título representativo da mesma operação de crédito.

Art. 64. A base de cálculo do imposto é:

I - quanto às operações de crédito, o montante da obrigação, compreendendo o principal e os juros;

.....
IV - quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários:

a) na emissão, o valor nominal mais o ágio, se houver;

b) na transmissão, o preço ou o valor nominal ou o valor da cotação em Bolsa, como determinar a lei;

c) no pagamento ou resgate, o preço.

.....
Art. 65. O Poder Executivo pode, nas condições e limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política monetária.

Art. 66. Contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei."

7. A legislação ordinária sobre o IOF, do mesmo modo que o CTN, também foi recebida pela nova Ordem constitucional, permanecendo aplicável tanto que compatível.

8. Assim, a Lei nº 5.143, de 20.10.66, instituiu o IOF apenas sobre as operações de crédito e sobre as operações de seguro, cuja redação foi alterada pelos Decretos-leis nºs 914, de 7.10.69, e 1.342, de 26.8.74. A Constituição de 1967 previa uma série de fatos passíveis de serem tributados pelo IOF, inclusive com regulação no texto da lei complementar -- o CTN --, mas o legislador ordinário instituiu apenas as incidências relativas a operações de crédito e a operações de seguro.

9. Posteriormente, no uso da competência prevista na Constituição e regulada no CTN, a União editou o Decreto-lei nº 1.788, de 18.4.80, que dispôs sobre o IOF alcançando novas incidências: operações de crédito, seguros de vida, seguros de bens, operações de câmbio e operações relativas a títulos e valores mobiliários, fixando-lhes as alíquotas e elegendo os contribuintes respectivamente (os tomadores de crédito, os segurados, os compradores de moeda estrangeira e os adquirentes de títulos e valores mobiliários) e os responsáveis (as insti-

tuições financeiras, seguradoras, instituições de câmbio e as autorizadas em operações de compra e venda de títulos e valores mobiliários). O Decreto-lei nº 1.844, de 30.12.80, alterou a alíquota do imposto sobre operações de crédito e inúmeras Resoluções do Banco Central deram instruções complementares, isenções e outros componentes da obrigação tributária. Atualmente, tendo a sujeição ativa do IOF passado à União, a ação normativa e de lançamento e cobrança compete ao Departamento da Receita Federal do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.


10. Por último, agora objeto deste parecer, a Medida Provisória nº 160, de 15.3.90, alterada pela Medida Provisória nº 171, de 17.3.90, ambas aprovadas pelo Congresso Nacional, foram convertidas na Lei nº 8.033, de 12.4.90, que alterou a legislação do imposto sobre operações financeiras e instituiu incidências de caráter transitório sobre os atos que menciona, a par de outras providências.

III MEDIDA PROVISÓRIA

11. Da forma legislativa utilizada para dispor sobre o IOF não se questiona, visto que o art. 62 da Constituição prevê a medida provisória com força de lei, isto é, produz no mundo jurídico as mutações que somente a lei pode fazer.

12. Não se trata de ato exclusivo do Poder Executivo. A medida provisória tanto que editada deve ser submetida à aprovação do Congresso Nacional, que poderá aprová-la ou rejeitá-la.

13. Aprovando-a, o Congresso Nacional dá continuidade à eficácia normativa, com força de lei, iniciada com a publicação da medida provisória. O referendium do Congresso à medida provisória não lhe altera a substância, mas apenas determina a substituição de seu elemento temporal de provisório para definitivo. Tanto é assim, que não vai à sanção do Presidente da República. Rejeitando-a, perde a eficácia *ex nunc*, devendo dispor sobre as relações jurídicas eventualmente decorrentes. Ao contrário, com a aprovação, a eficácia do placet é *ex tunc* da data de publicação da medida provisória. Se resolver o Congresso proceder à modificação ou à substituição, ter-se-á, essa parte inovada, como rejeitada, transmudando-se o processo legislativo para o rito ordinário, quando, então, passará a valer como projeto de lei daquela



Casa encaminhado à sanção do Presidente da República, que poderá vetá-lo ou sancioná-lo.

14. Não há dúvida, pois, que a medida provisória pode dispor sobre normas tributárias em geral ou especificamente. Merece lembrança o fato de que na Constituição anterior, o decreto-lei tinha restrições constitucionais de ordem material, não previstas atualmente para a medida provisória, mas podia expressamente dispor sobre finanças públicas, inclusive normas tributárias.


IV IOF OURO NA CONSTITUIÇÃO E NO CTN

15. Tratando-se de IOF, está afastada a ressalva da anterioridade, podendo pois ser exigido no mesmo exercício em que publicada a lei que instituiu nova incidência ou que aumentou alíquotas.

16. Matéria nova a ser discutida está contida no § 5º do art. 153 da Constituição, quanto ao ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumental cambial, face ao disposto no art. 1º, II e III, da Lei nº 8.033/90.

17. Disse a regra constitucional da incidência do IOF sobre o ouro, quando definido legalmente como ativo financeiro ou instrumento cambial, que sujeita-se exclusivamente a esse imposto, devido na operação de origem, determinando a transferência de sua arrecadação para Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, conforme sua origem.

18. Evidentemente não se trata de um "imposto do ouro", mas de uma incidência do IOF, que deve ser exclusiva, isto é, ficam afastadas as incidências de outros tributos que tenham como fato gerador os mesmos previstos para o IOF. Tanto decorreu face à natureza econômica do ouro, que pode ser mercadoria, produto industrializado, mineral ou instrumento de anteposamento financeiro. Assim, quando a lei atribuir ao ouro a qualidade de ativo financeiro ou instrumento cambial, não cabe tributação a outro título que não a do IOF, ficando, assim, afastadas as imposições do IPI, do ICMS etc.




19. No exercício dessa competência tributária, foi editada a Lei nº 7.766, de 11.5.89, que, no art. 8º, fixou como fato gerador do imposto a primeira aquisição do ouro ativo financeiro, efetuada por instituição autorizada, integrante do Sistema Financeiro Nacional e, se se tratar de ouro físico oriundo do exterior, ingressado no País, o fato gerador é seu desembaraço aduaneiro. O art. 9º fixou como base de cálculo o preço de aquisição do ouro, desde que dentro dos limites de variação da cotação vigente no mercado doméstico, no dia da operação, e, tratando-se de ouro físico oriundo do exterior, o preço de aquisição, em moeda nacional, determinado com base no valor de mercado doméstico, na data do desembaraço aduaneiro. Atente-se que, pelo art. 10, contribuinte é a instituição autorizada que efetuar a primeira aquisição do ouro, ativo financeiro.

20. A exclusividade impositiva, a que se refere o § 5º do art. 153 da Constituição, assim, refere-se às demais espécies tributárias. Trata-se de imunidade quanto aos demais tributos, porém, data venia de algumas opiniões exaradas na imprensa, não se tem u'a modalidade da antiga imunidade da unicidade, quando a antiga Constituição, no art. 21, VIII e IX, atribuindo à competência da União os impostos sobre a produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e de energia elétrica, e sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo dos minerais do País enumerados em lei, determinava que o imposto incidiria somente uma vez sobre qualquer dessas operações e excluía a incidência de outro tributo sobre elas.

21. A unicidade determinava que a competência impositiva seria exercida sobre apenas uma daquelas operações elencadas na Constituição, ficando, conseqüentemente, as demais afastadas da tributação, ao abrigo de imunidade. Tanto implicava, ainda, em afastar o poder tributário de outras imposições sobre as referidas operações, mormente aquela eleita pelo legislador como hipótese de incidência do imposto único.

22. Mas a regra da unicidade não pode ser tida a partir de analogia, de equidade ou de qualquer outro modo que não a literal previsão no próprio texto constitucional. Sem dúvida, a regra jurídica e social de convivência em comunidade organizada sob a forma de Estado é de que a coisa comum deve beneficiar a todos e por todos deve ser mantida. Daí, a regra geral é a tributação comum, ou seja, em princípio todos devem contribuir para o custeio do Estado. A exclusão de alguns desse rol de contribuintes dá-se por direito excepcional, que, portanto, deve ser interpretado e aplicado restritivamente, no dizer sempre atual de nosso CARLOS MAXIMILIANO. Essa é a razão de ser do art. 111 do CTN, quando diz que "Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II -



outorga de isenção; III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias."

23. Quando a Constituição, fonte formal máxima do direito, outorga as competências tributárias aos entes políticos da Federação, inerente ao poder de legislar, está a lhes conferir a plena discricionariedade para eleger os fatos imponíveis, desde que obedecidas as limitações constitucionais, que são expressas (legalidade, anterioridade, irretroatividade, capacidade contributiva, competência impositiva etc).

24. No citado § 5º do art. 153, com efeito, não há qualquer expressão que atribua a essa hipótese impositiva a regra da unicidade, que não se confunde com a da exclusividade. Aquela diz da imposição única, que não admite outra, sequer da mesma espécie. Essa, a da exclusividade, afasta outras espécies tributárias, reservando o fato que menciona apenas ao IOF.

25. Sobre esse tema bem dissertou o Eminentíssimo Professor PIO CERVO, especialista na tributação sobre operações financeiras, em primeiro estudo sobre o ouro face ao § 5º do art. 153 da CF, formalizado no PARECER DIVDF/PFN/RS/Nº 87/90, de 29.5.90, no qual rebate a pretensão de pedido de segurança, contra ato do Delegado da Receita Federal em Porto Alegre, sobre a exigência do IOF ouro com base na Lei nº 8.033/90, cujo texto pertinente se transcreve literalmente:

"16. A segunda alegação (não pela ordem de sua apresentação na inicial) é a de que a MP 160/90 violou a norma inserta no § 5º do art. 153, da Constituição, quando dá tratamento especial ao ouro. Sem razão, no entanto. O jurista IVES GANDRA MARTINS dá a dimensão exata do referido dispositivo constitucional:

"Por fim, uma inovação. O ouro, que é mercadoria, passa a ser ativo financeiro, valendo como se título fosse, se adquirido para reservas e especulação e não para ser utilizado como matéria-prima (art. 152, § 5º). (...) "A ficção jurídica", por estar na Constituição, prevalecerá, já que a lei pode fazer do quadrado, redondo e do preto, branco, se por imposição constitucional. Da mesma forma que uma casa alugada para especulação não é ativo financeiro, o ouro não o seria em tais circunstâncias, do ponto de vista material, mas o será do ponto de vista legal. A incidência, para tais efeitos, será do IOF e não do ICMS, cabendo à lei traçar o perfil da nova "ficção constitucional", para se-

parar o ouro ativo do ouro mercadoria. A lei terá de ser necessariamente complementar, visto que as competências atingidas são dos Estados, do Distrito Federal e da União, falhando novamente o constituinte, em falar apenas em lei, quando o sistema exige lei complementar. O adjetivo "complementar" está implícito no texto do § 5º, e não explícito." (in SISTEMA TRIBUTÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988, Editora Saraiva, 1989, SP, fls. 194/195).

17. Na realidade, a vontade da Constituição, no caso do ouro, terá de ser expressa em lei ordinária, e não em lei complementar, pois esta, de "quorum" mais exigente, somente cabe nas hipóteses explicitamente previstas no texto constitucional. O dispositivo do art. 153, no seu § 5º, teve endereço certo (o ICMS), aliás, norma reforçada no art. 155, X, "c", da própria Constituição, podendo atingir também o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), daí porque cabe a conceituação do ouro, enquanto "matéria-prima", produto industrializado e mercadoria. Refere o jurista VITTORIO CASSONE:

"Matéria-prima é a substância bruta principal e essencial com que é fabricada alguma coisa. O STF já teve a oportunidade de se manifestar: a coisa, enquanto se acha na disponibilidade do industrial, que a produz, chama-se produto manufaturado ou artefato, passa a ser mercadoria, logo que é objeto de comércio do produtor ou do comerciante por grosso ou a retalho, que a adquire para revender a outro comerciante ou a consumidor; deixa de ser mercadoria logo que sai da circulação e se acha no poder do consumidor." (in DIREITO TRIBUTÁRIO - ATUALIZADO PELA NOVA CONSTITUIÇÃO, Atlas, 1990, São Paulo, fl. 156).

18. Ora, se o ouro é matéria-prima, enquanto minério, é produto industrializado, depois de transformado ou beneficiado em barras, é mercadoria, quando ingressa e transita pelo mercado, e passa a ser bem de consumo prazeroso, quando, em poder do consumidor, estaria, no seu percurso, sujeito a diversos impostos (ICMS, IPI, Importação/Exportação). O legislador constituinte, no entanto, lembrando-se de uma das funções do ISOF (a de regular o mercado de títulos e valores mobiliários), retirou do ouro produto -- industrializado ou mercadoria, o ouro-ativo financeiro ou instrumento cambial, excluindo-o da incidência do ICMS e do IPI. Mas não lhe deu um breve contra outras incidências tributárias:

a) poderá sofrer a incidência do imposto sobre as grandes fortunas, se integrar o patrimônio como tal definido em lei complementar;

b) sofrerá a incidência do imposto de transmissão "causa mortis" e doação, se encontrar-se no espólio do "de cuius", ou for objeto de doação.

19. O ouro, como "ativo financeiro ou instrumento cambial", que, legalmente, pela "ficção constitucional", não é mercadoria, nem produto industrializado, passa a valer como se título fosse, e, ao longo de seu caminho, dentro do mercado financeiro, poderá encontrar-se nas várias situações descritas na lei, como fatos geradores do ISOF, nas operações relativas a títulos e valores mobiliários, art. 63, IV, do CTN (emissão, transmissão, pagamento ou resgate). Ora, o art. 1º da Medida Provisória nº 160/90, prevê as hipóteses de "transmissão ou venda de ouro, transmissão ou resgate de título representativo de ouro".

20. Resta ver se o fato gerador do ISOF anunciado no § 5º, do art. 153, da CF, e instituído pela Lei nº 7.766, de 11.5.89, é o mesmo fato gerador previsto no art. 1º da MP nº 160/90. A impetrante afirma que não. Por outro lado, nenhuma prova oferece a impetrante de que já houve a incidência do ISOF na "origem do ouro que possui em custódia". A Lei pertinente (nº 7.766, de 11.5.89) merece um exame detalhado, para se aferir da situação de tais ativos em face da tributação. Os elementos essenciais da obrigação tributária estão definidos na lei:

a) fato gerador, art. 8º:

"O fato gerador do imposto é a primeira aquisição do ouro, ativo financeiro, efetuada por instituição autorizada, integrante do Sistema Financeiro Nacional. Parágrafo único. Tratando-se de ouro físico oriundo do exterior, ingressado no País, o fato gerador é seu desembaraço aduaneiro."

b) base de cálculo, art. 9º:

"A base de cálculo do imposto é o preço de aquisição do ouro, desde que dentro dos limites de variação da cotação vigente no mercado doméstico, no dia da operação."

Parágrafo único. Tratando-se de ouro físico oriundo do exterior, o preço de aquisição, em moeda nacional, será determinado com base no valor de mercado doméstico na data de desembaraço aduaneiro."

c) contribuinte, art. 10:

"Contribuinte do imposto é a instituição autorizada que efetuar a primeira aquisição do ouro, ativo financeiro."

d) alíquota, art. 4º:

"O ouro destinado ao mercado financeiro sujeita-se, desde sua extração, inclusive, exclusivamente à incidência do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários. Parágrafo único. A alíquota desse imposto será de 1%, assegurada a transferência do montante arrecadado nos termos do art. 153, § 5º, incisos I e II, da Constituição Federal."


21. A mesma lei federal, atendendo ao mandamento constitucional, define o ouro "como ativo financeiro ou instrumento cambial", nestes termos:

"Art. 1º O ouro, em qualquer estado de pureza, em bruto ou refinado, quando destinado ao mercado financeiro ou à execução da política cambial do País, em operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, na forma e condições autorizadas pelo Banco Central do Brasil, será, desde a extração, inclusive, considerado ativo financeiro ou instrumento cambial.
§ 1º Enquadra-se na definição deste artigo:

I - o ouro envolvido em operações de tratamento, refino, transporte, depósito ou custódia, desde que formalizado compromisso de destiná-lo ao Banco Central do Brasil ou à instituição por ele autorizada.

II - as operações praticadas nas regiões de garimpo onde o ouro é extraído, desde que o ouro na saída do município tenha o mesmo destino a que se refere o inciso I deste parágrafo.

§ 2º As negociações com o ouro, ativo financeiro, de que trata este artigo, efetuadas nos pregões das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros ou assemelhados, ou no mercado de balcão, com a interveniência de instituição financeira autorizada, serão consideradas operações financeiras."



22. Dos termos da lei de regência, fica evidência que, dentro da lição do jurista IVES GANDRA MARTINS, buscou-se a exclusão do ouro -- ativo financeiro --, do conceito de "mercadoria", para evitar a incidência do ICMS, e sujeitá-lo apenas ao IOF. Aqui é que se encontra o ditame da "exclusividade à incidência do IOF". O § 2º do art. 1º da Lei nº 7.746/89 não deixa dúvidas: "as negociações com o ouro ativo financeiro serão consideradas operações financeiras". O fato gerador, no entanto, "é a primeira aquisição do ouro ativo financeiro efetuada por instituição do Sistema Financeiro Nacional autorizada". No caso da impetrante, nenhuma prova existe de que alguma instituição financeira recolhesse o IOF quando da primeira aquisição. O IOF previsto no § 5º do art. 153 é devido "na operação de origem". A operação de origem é a primeira aquisição, desde que destinada ao mercado financeiro. Pode ser no garimpo, pode ser na importação (desembaraco aduaneiro), pode ser nas operações de depósito ou custódia -- basta que se destine ao Banco Central ou à instituição por ele autorizada. As demais operações com ouro ativo financeiro, efetuadas nos pregões nas bolsas ou no mercado de balcão, com a intervenção de instituição financeira autorizada, serão operações financeiras tributáveis exclusivamente pelo IOF, nos termos da legislação anterior, que nada tem a ver com a operação dita "de origem." (Grifos acrescentados).

26. De todo o exposto, mormente da lição oportuna do Professor PIO CERVO, vê-se que a Constituição atribui à União a competência para instituir impostos sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, conhecido como IOF, cujas alíquotas podem ser alteradas pelo Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei. Esse imposto está regulado no Código Tributário Nacional, que define os elementos necessários à sua instituição. Na verdade, a Constituição repetiu a competência tributária da União quanto ao IOF prevista na Constituição de 1967 com as Emendas posteriores, inclusive com a natureza de imposição extrafiscal e, como instrumento de política monetária, tanto que o excepciona o da reserva legal absoluta e da anterioridade (CF, arts. 150, § 1º e 153, § 1º).


27. Mantido o regime jurídico anterior quanto ao IOF pela nova Constituição, não resta dúvida de que tanto o CTN, quanto a legislação instituidora ou reguladora do IOF, anterior a 5 de outubro de 1988, continua em pleno vigor. Peca ao princípio da recepção positivada -- no § 5º do art. 54 do ADCT. Assim como, inicialmente, somente parte da competência tributária relativa ao IOF fora exercida com a Lei nº 5.140, de 20.10.66, as novas incidências instituídas pelo Decreto-lei nº 1.783, de 18.4.60, também não esgotaram o rol de fatos passíveis de imposição via IOF. Daí a razão e o fundamento da Medida Provisória nº 160/90, convalidada na Lei nº 8.033, de 12.4.90.

28. Desse modo, fatos que podem ser tributados via IOF, nos termos da Constituição e do CTN, são: operações de crédito; operações de câmbio; operações de seguro; operações relativas a títulos ou valores mobiliários. O ouro mereceu especial tratamento, dizendo o § 5º do art. 153 da CF que, quando legalmente definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, estará sujeito à exclusiva tributação do IOF. Como visto acima, não se confunde a regra da exclusividade tributária com a da unicidade tributária. Aquela diz da possibilidade de tributação por dada espécie tributária, visto que o ouro pode ser fato enquadrável em várias hipóteses de incidência (mercadoria para ICMS, manufaturado para IPI). Essa, a da unicidade, diz respeito à possibilidade de uma única incidência, ou seja, independentemente da espécie tributária, em toda a existência econômica de um bem ele estará sujeito à apenas uma incidência impositiva, o tributo será pago apenas uma vez, operando-se, daí em diante, verdadeira imunidade constitucional.

29. As incidências instituídas pela Lei nº 8.033 não têm identidade face àquelas da Lei nº 7.766. Estas correspondem ao exercício da competência impositiva contida no § 5º do art. 153 -- IOF ouro, devido na primeira aquisição, pelo adquirente. Já as incidências instituídas pela Lei nº 8.033 correspondem ao exercício da competência ordinária contida no inciso V do art. 153, e regulada no CTN, artigos 63 e seguintes. O imposto lançado com base na Lei nº 7.766 é aquele devido na origem e, portanto, sujeita-se à partilha de receita prevista no § 5º, incisos I e II, do art. 153 da CF, enquanto que o imposto lançado com base na Lei nº 8.033, devido sempre que ocorra o fato gerador, tem o produto da sua arrecadação destinado à União, de acordo com a Lei Orçamentária.

30. Quando a Constituição, no § 5º do art. 153, pretendeu excepcionalmente conferir ao ouro a qualidade de ativo financeiro ou instrumento cambial, mediante "ficção", determinando a transferência integral de sua arrecadação para o Estado, o Distrito Federal, o Território ou o Município de origem do ouro, atendeu pleito dessas unidades da Federação, visto que suas reservas naturais desse valioso metal forneciam a riqueza, mas não representavam qualquer resultado financeiro para eles. Era marcante a contradição, onde as regiões auríferas produziam a riqueza e ficavam com a miséria.

31. Todavia, somente é possível a instituição dessa especial incidência, cuja arrecadação se destina aos entes da Federação, quando da primeira operação econômica do ouro, dito na Constituição "operação de origem", visto que, a partir desse momento, o ouro será objeto de transações nos mercados dos grandes centros financeiros, que, geralmente, não coincidem com as regiões auríferas, e, portanto, impossível



materialmente a identificação da "origem" para efeito de distribuição da receita tributária lá apurada.

32. Portanto, a Lei nº 8.033 instituiu novas incidências, ainda não previstas na legislação do IOF, sequer na Lei nº 7.766, que instituiu a incidência especial do § 5º do art. 153 da CF. A Lei nº 8.033 é absolutamente constitucional, em nada ofendendo a regra da "exclusividade", cuja eficácia é dirigida a afastar a incidência de outras espécies tributárias, cujos fatos geradores tenham a mesma descrição material face à natureza econômica do ouro como mercadoria ou produto industrializado (ICMS e IPI), mas, à evidência, não se tratando de regra de "unicidade", não afasta a incidência do mesmo imposto em outras operações.

33. Sobre a questão da exigibilidade do IOF, pelas incidências novas instituídas pela Lei nº 8.033, de 12.4.90, na mesma linha de pensamento do Professor PIO CERVO, podemos concluir que está absolutamente de acordo com os preceitos constitucionais e com o Código Tributário Nacional.

V

PRODUTO DA ARRECADAÇÃO

34. Com relação à destinação do produto da arrecadação do IOF pelas novas incidências da Lei nº 8.033/90, deve ser considerado que tais incidências não correspondem àquelas previstas no § 5º do art. 153 da Constituição, conforme demonstrado acima.

35. As novas incidências instituídas através da Lei nº 8.033 decorrem do poder tributário ordinário atribuído à União e regulado nas normas gerais contidas no Código Tributário Nacional. É o exercício da competência impositiva sobre os fatos já autorizados na CF e no CTN, porém ainda não veiculados na Lei nº 5.143/66 e no Decreto-lei nº 1.783/80. A Lei nº 7.766/88 instituiu incidências do IOF, porém ao abrigo da competência impositiva excepcional decorrente do § 5º do art. 153 da Constituição.

36. A diferença é nítida, podendo falar-se em uma tributação ordinária e uma excepcional. A ordinária decorre do poder geral de tributação, conferido à União, no caso do IOF, pelo inciso V do art. 153, combinado com as normas gerais do CTN, artigos 63 e seguintes. Tanto diz ordinário, porque o poder legislativo impositivo é exercido dis-

criconariamente pela União, no uso de suas próprias atribuições, sobre fatos já previstos inclusive na lei complementar. Sem dúvida, se o ouro é legalmente definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, a operação que tem por objeto enquadrar-se em alguma das hipóteses descritas nos artigos 63 e seguintes do CTN. Tanto diz excepcional, porque o poder impositivo é exercido a interesse constitucional dos entes integrantes da Federação, visto que o produto da arrecadação do IOF ouro, instituído na base do § 5º do art. 153 da CF, é totalmente partilhado entre eles, nada restando à União.

37. Nem se alegue argumentos contra a instituição de novas incidências do IOF sobre fatos relativos a operações com ouro ativo financeiro ou instrumento cambial, pois, como visto amplamente acima, o questionado § 5º do art. 153 da CF contém regra de "exclusividade tributária", que não admite confusão com a regra antiga da Constituição de 1967 com as Emendas posteriores, conhecidas por "unicidade tributária". Na exclusividade, a Constituição determina que certos fatos somente são passíveis de uma dada espécie tributária, isso porque tais fatos, por sua natureza econômica, admitem enquadramento em várias hipóteses de incidência de distintas espécies. É o caso do ouro, que tanto pode ser tido como mercadoria e como produto industrializado, a par de sua atual conceituação legal como ativo financeiro ou instrumento cambial. Quis o legislador constituinte que o ouro, quando definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, fosse passível somente de imposição do IOF, embora não limitasse a "quantidade" de incidências. Já a unicidade, prevista na antiga Ordem constitucional, determinava que o tributo sujeito a ela incidiria somente uma vez, não admitindo qualquer outra incidência, desse ou de outro tributo. Af, conduzia verdadeira imunidade contra quaisquer novas incidências. A exclusividade não deixa de ser um tipo de imunidade, porém protegendo o fato contra tributos de outra espécie, não contra novas incidências do IOF.

38. Quanto à destinação da receita, portanto, tem-se a proveniente das exigências com base na Lei nº 7.766/69, expedida com fundamento no § 3º do art. 153 da CF, que deve ser partilhada entre Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, de acordo com a origem do ouro. Aliás, a viabilização dessa partilha é a razão de ser da regra contida no aludido § 3º, quando se refere a "operação de origem", que possibilita, então, a identificação da Unidade da Federação.

39. A receita proveniente das exigências com base na Lei nº 8.933/90, expedida com fundamento na competência tributária geral da União, art. 153, inciso V, e CTN, artigos 63 e seguintes, sem dúvida alguma constitui recurso fiscal da União, de acordo com as regras financeiras aplicadas para as demais receitas havidas a título de IOF.

VI
CONCLUSÃO

40. Ante ao exposto, conclui-se que:

a) a regra da "exclusividade", contida no § 5º do art. 153 da CF, não se confunde com a da "unicidade", contida no art. 21, VIII e IX, da CF antiga, visto que a "exclusividade" afasta dos fatos que menciona outras espécies tributárias além do IOF, mas não impede novas incidências desse imposto, enquanto que a "unicidade", além de afastar outros tributos, admitia apenas uma única incidência do imposto nela previsto;

b) a CF de 1988, repetindo o sistema jurídico anterior referente ao IOF, inclusive como instrumento federal de política monetária, recebeu integralmente as normas do CTN e da legislação ordinária desse imposto, inovando apenas quanto à incidência excepcional do § 5º do art. 153, cuja receita é partilhada entre as Unidades da Federação em que o ouro é produzido, razão de ser da expressão "devido na operação de origem", contida nessa norma constitucional, não se aplicando esse comando quanto às incidências posteriores;

c) a Lei nº 7.766, de 11.5.89, instituiu incidência do IOF sobre ouro legalmente definido como ativo financeiro, no exercício da competência impositiva excepcional prevista no § 5º do art. 153 da CF, que é devida na operação de origem, cabendo a partilha integral de sua arrecadação às Unidades da Federação, na proporção fixada nos incisos I e II desse § 5º;

d) a Lei nº 8.033, de 12.4.90, promulgada pelo Congresso Nacional, face à aprovação das Medidas Provisórias nºs 160 e 171, de 1990, instituiu novas incidências do IOF sobre operações com ouro ativo financeiro, agora no exercício da competência impositiva ordinária prevista no art. 153, V, da CF e nos artigos 63 e seguintes do CTN, tributação essa realizada tipicamente como instrumento de política monetária de combate à inflação, via diminuição da liquidez de diversos ativos que possam ser utilizados como meio de pagamentos, inclusive o ouro ora tratado, cabendo, pois, o produto da arrecadação dessas incidências novas do IOF ao Erário da União; e

e) conseqüentemente, é perfeitamente constitucional a instituição de novas incidências do IOF sobre operações financeiras com ouro ou com títulos lastreados com ouro, legalmente definido como ativo financeiro, decorrente da competência ordinária atribuída à União para instituir impostos sobre essas operações, na conformidade do art. 155, V da CF e dos artigos 43 e seguintes do CTN, base essa utilizada para fundamentar a edição da Lei nº 8.033, de 12.4.90.

é o parecer, s.m.j.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 25 de outubro de 1990.

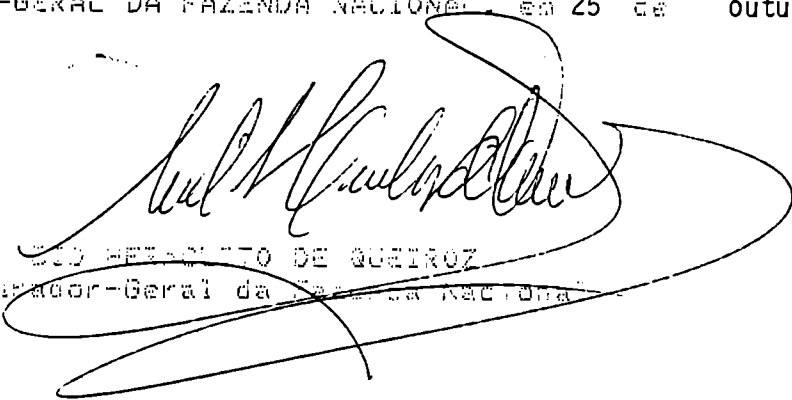


MARCO ANTONIO MENEGETTI
Coordenador de Assuntos Jurídico-Econômicos

De inteiro acordo.

2. Suomete-se o processo à superior apreciação da Exma. Sra. Ministra da Economia, Fazenda e Planejamento.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 25 de outubro de 1990.



SÉRGIO HENRIQUE DE QUEIROZ
Procurador-Geral da Fazenda Nacional

Processo nº . 10168.003.257/90-11

Despacho : Aprovo o parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, dado nos autos do processo epigrafo, que bem demonstra a constitucionalidade das novas incidências do Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários, previstas nos incisos I e II do § 1º da Lei nº 8.033, de 12.4.90 - transmissão de ouro ativo financeiro e transmissão ou resgate de título representativo do ouro -, que não se confunde com a incidência prevista na Lei nº 7.766, de 11.5.89, aquelas com base no art. 153, V, da Constituição e artigos 63 e seguintes do Código Tributário Nacional, essa com base no § 5º do art. 153 da Constituição. Conseqüentemente, o produto da arrecadação da incidência da Lei nº 7.766/89 deve ser destinado ao Estado, ao Distrito Federal, ao Território e ao Município, nos termos dos incisos I e II, do § 5º do art. 153 da Constituição, enquanto que o das incidências da Lei nº 8.033/90, instrumento de política monetária, cabe à União.

Publique-se, juntamente com o referido parecer, e após retornem os autos para as providências cabíveis.

Brasília-DF, 25 de outubro de 1990.


ZÉLIA MARIA CARDOSO DE MELLO
Ministra da Economia, Fazenda e Planejamento