



27134



41

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO JUIZ CASTRO MEIRA

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA
APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 47379 - PE (94.05.45365-3)**

APELANTE : FAZENDA NACIONAL
ADV : MARIA DA PENHA DUARTE BRITO
APELADO : EDMILSON WALDEMAR BENJOINO DA FONSECA
ADV : ANTÔNIO CORREA RABELLO E OUTROS
RELATOR: : JUIZ CASTRO MEIRA

EMENTA

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. IOF SOBRE OURO. LEI 8.033/90.

- Determinando a Constituição Federal que o ouro, enquanto ativo financeiro, só pode ser tributado na operação de origem, é manifesta a inconstitucionalidade do art. 1º, incisos II e III, da Lei nº 8.033/90.

- Declaração de Inconstitucionalidade acatada pelo Plenário.

- Remessa dos autos à Turma de origem para julgamento da apelação.

ACÓRDÃO

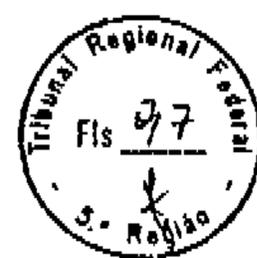
Vistos, etc.

Decide o Plenário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, incisos II e III, da Lei nº 8.033/90, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas anexos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 01 de outubro de 1997.
(Data do julgamento)

Juiz CASTRO MEIRA
Relator

INCL	DIG	I	C	A
94/05/198	ACD			



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO JUIZ CASTRO MEIRA

ARGÜICÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA
APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 47379 - PE (94.05.45365-3)
APELANTE : FAZENDA NACIONAL
ADV : MARIA DA PENHA DUARTE BRITO
APELADO : EDMILSON WALDEMAR BENJOINO DA FONSECA
ADV : ANTÔNIO CORREA RABELLO E OUTROS
RELATOR: : JUIZ CASTRO MEIRA

RELATÓRIO

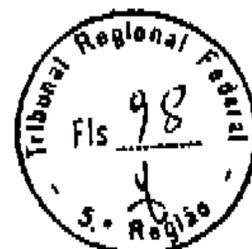
O Sr. Juiz CASTRO MEIRA (RELATOR):

Edmilson Waldemar Benjaino da Fônseca impetrou Mandado de Segurança, contra ato do Ilmº. Sr. Delegado da Receita Federal em Recife, pugnando pelo reconhecimento do seu direito líquido e certo ao não pagamento do IOF sobre venda de ouro qualificado como ativo financeiro.

Com a procedência da ação, vieram os autos a esta Corte por força do apelo voluntário da União Federal e da remessa oficial, tendo a egrégia 1ª Turma, em sessão de 21.08.96, suscitado a argüição de inconstitucionalidade do art. 1º, incisos I e II da Lei nº 8.033/90, determinando a remessa dos autos ao exame deste Plenário.

O MPF opinou pela declaração de inconstitucionalidade da norma suso transcrita.

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO JUIZ CASTRO MEIRA

ARGÜICÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA
APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 47379 - PE (94.05.45365-3)
APELANTE : FAZENDA NACIONAL
ADV : MARIA DA PENHA DUARTE BRITO
APELADO : EDMILSON WALDEMAR BENJOINO DA FONSECA
ADV : ANTÔNIO CORREA RABELLO E OUTROS
RELATOR: : JUIZ CASTRO MEIRA

VOTO

O Sr. Juiz CASTRO MEIRA (RELATOR):

Ao votar na sessão de 21.08.96, assim me pronunciei:

A impetração volta-se contra a exigência de IOF sobre aquisição de 2 kg de ouro adquiridos em 07.03.89 e vendido em 04.02.91, com fundamento no art. 1º, II e III, da Lei nº 8.033/90.

A Constituição Federal de 1988 deu a seguinte moldura à tributação em exame:

"Art. 153. (...)

§ 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 Território, conforme a origem;

II - setenta por cento para o Município de origem."

Em face dessa disposição constitucional, não vejo como subsistir a exigência imposta pelos dispositivos legais supra referidos.

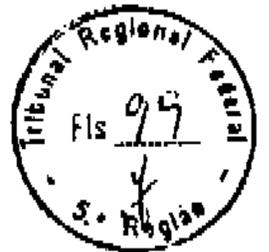
Em voto proferido na REQ 92.04.09625-0-RS, o eminente Juiz ARI PARGENDLER, hoje Ministro do STJ, sucintamente analisou o tema nos seguintes termos:

"O art. 2º, inciso III, da Lei nº 8.033, de 1990, diz que o imposto 'não prejudicará as incidências já estabelecidas na legislação, constituindo quando ocorrer essa hipótese, um adicional para as operações já tributadas por essa legislação'.

À vista de que o ouro enquanto ativo financeiro só pode ser tributado na operação de origem (CF, art. 153, § 5º), é preciso saber se a nova exigência pode ser qualificada como um adicional do imposto já pago.

Salvo melhor juízo, não.

O imposto adicional tem como base de cálculo o montante de outro imposto, enquanto aquele exigido a título de transmissão de ouro em base de cálculo autônoma.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO JUIZ CASTRO MEIRA

ARGÜICÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 47379 - PE
V-2

A autonomia da base de cálculo da nova tributação implica manifesta inconstitucionalidade, tudo porque a Constituição Federal quis o ouro, na modalidade de ativo financeiro, tributado exclusivamente na operação de origem, assim entendida aquela em que ele entra no mercado financeiro.

O tributo incide numa só fase do ciclo de comercialização (primeira) e exclui a concorrência de outros tributos (único)."

Há inúmeros precedentes judiciais acolhendo a argüição de inconstitucionalidade dos dispositivos supra, entre os quais destaco os seguintes:

"TRIBUTÁRIO. LEI 8033, DE 12 DE ABRIL DE 1990. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE OURO DEFINIDO PARA LEGISLAÇÃO COMO ATIVO FINANCEIRO. ILEGALIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

- As hipóteses de incidência do imposto sobre operação de crédito, câmbio, seguro e operações relativas a títulos ou valores mobiliários definidos na lei ordinária 8033/90, inovam disposições do Código Tributário Nacional (Arts. 63 e 64) que é Lei Complementar, e, ainda, contrariam a Constituição vigente, art. 146, III, letra 'a'.

- Remessa oficial improvida." (REO 11925/CE, Rel. Juiz Francisco Falcão, TRF 5ª R., j. em 13.08.92, DJU de 23.10.92.)

"TRIBUTÁRIO. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. IOF. LEI 8033/90. TRIBUTO COM EFEITO CONFISCATÓRIO. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR.

1. O controle da constitucionalidade das leis, ocorre, no direito pátrio, através do controle direto, de competência exclusiva do C. STF e Tribunais de segundo grau e do controle incidental, quando qualquer órgão judicial, ao decidir alguma causa de sua competência, tenha que apreciar, preliminarmente, a questão da constitucionalidade de norma legal evocada pela parte interessada.

2. A vedação do confisco, muito embora seja de difícil conceituação no direito pátrio, face a ausência de definição objetiva que possibilite aplicá-lo concretamente, deve ser estudado em consonância com o sistema sócio-econômico vigente, observando-se a proteção da propriedade em sua função social.

3. As alíquotas de 35%, 25% e 20% incidentes sobre a transmissão de ouro ou transmissão e resgate de título representativo de ouro, a transmissão de ações de companhias abertas e sobre saques de caderneta de poupança exacerbam a capacidade contributiva do sujeito passivo tributário, inviabilizando, inclusive, as operações realizadas pelos contribuintes.

4. Muito embora a União Federal tenha competência para instituir imposto sobre 'operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários' (art. 153, inciso V), a definição do tributo, fatos geradores, base de cálculo e contribuintes devem ser determinados através de lei complementar (art. 146), conforme interpretação sistêmica do capítulo que trata sobre o Sistema Tributário Nacional.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO JUIZ CASTRO MEIRA

ARGÜICÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 47379 - PE
V-3

5. *Apelação provida.* (AMS 49273/PB, Rel. Juiz JOSÉ DELGADO, TRF 5ª R., j. em 20.06.95, DJU de 04.08.95.)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. OURO. LEI Nº 8.033/90, INCIDÊNCIA DO IOF.

1. *É inconstitucional a incidência do IOF sobre a comercialização do ouro.*

2. *O ouro, como ativo financeiro, só sofre tributação na operação de origem.*

3. *Inconstitucionalidade do art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.033/90.*

4. *Incidente de inconstitucionalidade que se suscita, em preliminar.* (AC 11845/DF, Rel. Juíza Eliana Calmon, TRF 1ª Região, DJ 04.03.96, pág. 11409.)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA OBJETIVANDO O RECONHECIMENTO DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE OS AUTORES E A RÉ, QUE DECORRA DA APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.033/90, RELATIVA A INCIDÊNCIA DO IOF SOBRE OURO ENQUANTO ATIVO FINANCEIRO, TENDO EM VISTA A INCONSTITUCIONALIDADE DA REFERIDA LEI. POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO A REMESSA.

- *O imposto de que trata o art. 153, § 5º, da Constituição Federal de 1988, deve observar o princípio da unicidade.*

- *Foi clara a Carta de 1988, ao estabelecer a exclusividade do imposto sobre o ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial, e a sua unicidade quando determina que tal tributo é devido na operação de origem.*

- *Não pode ser o imposto cobrado sobre fato anterior a sua regulamentação por lei, pois que feriria o princípio da irretroatividade da lei tributária.*

- *Se o imposto era devido na operação de origem, este era o momento de ser cobrado.*

- *Uma vez que a lei regulamentadora da cobrança foi posterior ao fato gerador, incabível a sua retroação.*

- *Por unanimidade, negado provimento à remessa.* (REO 11106/RJ, Rel. Juiz Alberto Nogueira, TFR 2ª Região, DJ. 28.11.95, pg. 81.)

"TRIBUTÁRIO. IOF. OURO. LEI Nº 8.033/90, ART. 1º. DESTINAÇÃO. ATIVO FINANCEIRO. IMPOSTO NOVO. LEI COMPLEMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE.

- *É a destinação que identifica o ouro como mercadoria ou ativo financeiro. Entretanto, no mercado financeiro, será tributado uma única vez.*

- *A mera posse de ouro, não pode possibilitar a incidência de IOF.*

- *A Lei 8.033/90, instituiu nova hipótese de incidência para abranger operações financeiras já formalizadas, vale dizer, tributou o patrimônio existente em 16.03.90, por se tratar de imposto novo, há necessidade de lei complementar.*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
GABINETE DO JUIZ CASTRO MEIRA

ARGÜICÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 47379 - PE
V-4

- O IOF é tributo que incide sobre operações (transmissão) de ativo financeiro (conceito dinâmico) e não sobre a mera posse (conceito estático).

- Inconstitucionalidade dos incisos II e II, do artigo 1º, da Lei nº 8.033/90, declarada pelo plenário do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, na argüição de inconstitucionalidade.

- Remessa oficial desprovida, sentença confirmada." (REO 11306/SP, Rel. Juíza Lúcia Figueiredo, DJ 12.03.96, pág. 14335.)

"TRIBUTÁRIO. IOF. OUTO. LEI 8033/90.

1. O Plenário deste Tribunal, na Argüição de Inconstitucionalidade nº 92.04.09625-0/RS, Relator Juiz Ari Pargendler, assentou que é inconstitucional a Lei nº 8.033/90, na parte em que instituiu a incidência de IOF sobre a transmissão de ouro que já tenha sido tributado por ocasião da entrada no mercado financeiro.

2. A imunidade prevista no art. 150, inciso VI, letra 'c', da atual Constituição Federal, impede que seja exigido IOF sobre os ativos financeiros das entidades de assistência social, nelas entendidas as de previdência privada e preenchem os requisitos legais.

3. Apelação provida." (AC 15746/RS, Rel. Juiz Vilson Daros, DJ. 20.09.95.)

Em face do exposto, suscito o incidente de inconstitucionalidade do art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.033/90, submetendo a matéria ao Plenário da Corte, após a ouvida do Ministério Público Federal.

Opinando nos autos, o MPF ofertou parecer pela declaração de inconstitucionalidade da norma suso referida, resumindo o tema na seguinte ementa:

"Constitucional e Tributário. Declaração de inconstitucionalidade. IOF. Incidência do art. 1º, incisos I, II e II da Lei nº 8.033/90.

1. O imposto de que trata a Lei nº 8.033/90, em seu art. 1º, incisos I, II e III, pode ser instituído através de lei ordinária.

2. O ouro enquanto ativo financeiro ou instrumento cambial, nos termos do art. 153, § 5º da Constituição, só pode ser tributado na operação de origem.

3. Opina-se pela declaração da inconstitucionalidade."

Ratificando esses fundamentos, voto pela declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.033/90, remetendo-se os autos à 1ª Turma para exame do mérito da apelação.

É como voto.