



47442

**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AC Nº 59.201-PE (94.05.30195-0)  
APELANTE : MANOEL FERNANDO GARCIA  
ADVOGADO : MAURÍCIO IGLÉSIAS CAVALCANTI MELO  
APELADO : FAZENDA NACIONAL  
RELATOR : Desembargador Federal CASTRO MEIRA  
RELATOR P/ ACÓRDÃO: Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IOF. COBRANÇA. RESGATE DE OPERAÇÕES OPEN-MARKET. AQUISIÇÃO DE AÇÕES. CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. LEGITIMIDADE. MP 160/90. LEI 8.033/90. RETROATIVIDADE DOS DIPLOMAS LEGAIS. INOCORRÊNCIA.

1. Em relação ao resgate de títulos ou valores mobiliários, *in casu*, da Operação OPEN-MARKET, é contribuinte do IOF, o beneficiário do pagamento (resgate) do mesmo, enquanto em relação à transmissão de ações, o contribuinte é o transmitente, e não o adquirente, nos termos precisos dos incisos I e IV, do art. 9º da Lei 8.033/90. Assim, não há que se falar em incidência do IOF na aquisição de ações, pura e simplesmente, porque tal operação não fora tratada como hipótese de incidência de tal exação;
2. Se a cobrança de IOF pela aquisição das ações se apresenta indevida, em razão do adquirente não ser o contribuinte, ou, ainda, em razão de, mesmo em relação ao transmitente, não haver como incidir tal exação, em virtude de tal operação ter-se dado antes da vigência da MP 160/90, convertida na Lei 8.033/90, tem-se a ilegitimidade do Apelante para argüir a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 1º;
3. No tocante ao resgate da operação de 'open-market', também não se registrou a defesa retroatividade da Lei, no quanto a operação de tal resgate, como um todo, só se perfez em 19.03.90, ou seja, quando já em vigência a MP 160/90, que é de 15 daquele mesmo mês e, sendo convalidada pela Lei 8.033/90, de 12.04.90, operou, no mundo jurídico, desde sua edição;
4. Argüição de Inconstitucionalidade não acolhida.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas. Decide o Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria de votos, REJEITAR a Arguição de Inconstitucionalidade do artigo 1º, incisos I e IV c/c o artigo 2º., nos termos do voto do condutor, na forma do Relatório e Notas Taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 14 de março de 2001.  
(data o julgamento)

Desembargador Federal Petrucio Ferreira  
Relator p/ acórdão

445

INCL			C	A
04/10/01	we			

06 JUL 2001  
TRF - 5ª REGIÃO

06/07 Pleno



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

**ARGÜICÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA**

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 59201/PE (94.05.30195-0)**

**APELANTE** : MANOEL FERNANDO GARCIA  
**ADVOGADO** : MAURÍCIO IGLESIAS CAVALCANTI MELO  
**APELADO** : FAZENDA NACIONAL  
**ORIGEM** : 5ª VARA - PE  
**RELATOR** : Juiz CASTRO MEIRA

**RELATÓRIO**

**O Sr. Juiz CASTRO MEIRA (RELATOR):**

O Plenário desta Corte, em decisão proferida em 10.09.97, nos autos dos Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 59.201-PE, determinou a devolução dos autos ao Relator do Recurso de Apelação para que o mesmo submetesse o feito ao regular procedimento da argüição de inconstitucionalidade do art. 2º, I da Lei nº 8.033/90, referente à exigência de IOF sobre resgate de títulos e valores mobiliários, transmissão de ações de empresa de capital aberto negociadas em bolsa de valores e emissão das respectivas bonificações.

O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 61/64, opina pela inconstitucionalidade dos incisos I, IV do art. 1º da Lei nº 8.033/90

É o relatório.

2000



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

**ARGÜICÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA  
APELAÇÃO CIVEL Nº 59201/PE (94.05.30195-0)**

APELANTE : MANOEL FERNANDO GARCIA  
ADVOGADO : MAURÍCIO IGLESIAS CAVALCANTI MELO  
APELADO : FAZENDA NACIONAL  
ORIGEM : 5ª VARA - PE  
RELATOR : Juiz CASTRO MEIRA

**VOTO**

**O Sr. Juiz CASTRO MEIRA (RELATOR):**

O art. 1º da Medida Provisória 160/90, convertida na Lei nº 8.033, de 12.04.90, criou novas hipóteses de incidência do Imposto sobre Operações Financeiras, nos seguintes termos:

"Art. 1º - São instituídas as seguintes incidências do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários:

- I - resgate de títulos e valores mobiliários, públicos e privados, inclusive de aplicações de curto prazo, tais como letras de câmbio, depósitos a prazo com ou sem emissão de certificados, letras imobiliárias, debêntures e cédula hipotecárias;
- II - transmissão ou venda de ouro definido pela legislação como ativo financeiro;
- III - transmissão e resgate de título representativo de ouro;
- IV - transmissão de ações de empresas de capital aberto negociadas em bolsas de valores e emissão das respectivas bonificações;
- V - saques efetuados em cadernetas de poupança.

As alíquotas foram assim definidas:

"Art. 5º - A alíquota do imposto de que trata esta Medida Provisória é de:

I - 8% (oito por cento), nas hipóteses de que trata o inciso I do art. 1º;  
II - 35% (trinta e cinco por cento), nas hipóteses de que tratam os incisos II e III do art. 1º;

III - 25% (vinte e cinco por cento), nas hipóteses de que trata o inciso IV do art. 1º;

IV - 20% (vinte por cento), nas hipóteses de que trata o inciso V do art. 1º."

No caso em exame, o autor adquiriu ações nos dias 9 e 12 de março de 1990, que deveriam ser pagas nos dias 14 e 15 seguintes, o que não se verificou em face dos feriados bancários entre os dias 14 e 16. Em consequência, ao resgatar o valor de suas aplicações em "open-market" para o atendimento do compromisso assumido, recolheu IOF na Fonte correspondente à alíquota de 8% (oito por cento). Posteriormente, foi novamente compelido a pagar o mesmo imposto, desta vez na alíquota de 25%, pela aquisição das mesmas ações.

*MM*

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL  
MINUTA DE JULGAMENTO ORDINARIA

\*\*\* Pleno \*\*\*

94.05.30195-0  
APELACAO CIVEL 59201-PE

PAUTA: 01/08/96

JULGADO: 14/03/200

RELATOR: Exmo(a) .Sr. (a) Des. FEDERAL CASTRO MEIRA  
REVISOR: Exmo(a) .Sr. (a) Des.  
PRESIDENTE DA SESSAO: Exmo(a) .Sr. (a) Des. FEDERAL JOSE MARIA LUCENA  
PROCURADOR DA REPUBLICA: Exmo. Sr. DR. JOAQUIM JOSE DE BARROS DIAS

AUTUACAO

APTE : MANOEL FERNANDO GARCIA  
APDO : FAZENDA NACIONAL

ADVOGADOS

ADV : MAURICIO IGLESIAS CAVALCANTI MELO

SUSTENTACAO ORAL

CERTIDAO

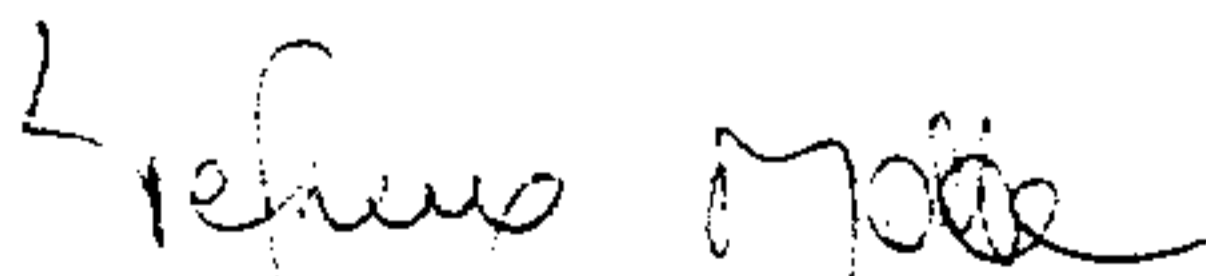
Certifico que o Egregio Pleno ao apreciar o processo em epigrafe, em sessao realizada nesta data, proferiu a seguinte decisao:

ARGUICAO DE INCONSTITUCIONALIDADE

=====

O Tribunal, por maioria, rejeitou a Arguicao de Inconstitucionalidade do artigo 1o., incisos I e IV c/c o artigo 2o., inciso I da Lei 8.033/90, nos termos do voto condutor. Vencidos os Exmos. Srs. Desembargadores Federais CASTRO MEIRA (relator), UBALDO ATAIDE CAVALCANTE e NAPOLEAO NUNES MAIA FILHO. Lavrara o acordao o Exmo. Sr. Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA. Impedido o Exmo. Sr. Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais RIDALVO COSTA, ARAKEN MARIZ, CASTRO MEIRA, PETRUCIO FERREIRA, LAZARO GUIMARAES, NEREU SANTOS, UBALDO ATAIDE CAVALCANTE, MARGARIDA CANTARELLI, JOSE BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO, NAPOLEAO NUNES MAIA FILHO e LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Federal RIDALVO COSTA.



-----  
BELA. TELMA ROBERTA VASCONCELOS MOTTA  
Secretario(a)



## REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Especificamente quanto ao IOF, Plínio José Marafon (Curso de Direito Tributário, vol. 2, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Cejup, 1997), registra:

“O art. 153, V, da CF/88 atribui à União a competência para instituir imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (usualmente, IOF). A expressão ‘operações’ ou ‘operações relativas’ é nossa conhecida de há muito tempo, dissecada que foi e continua sendo na literatura jurídico-fiscal do antigo ICM e do atual ICMS. Não podemos esquecer que o ICM-ICMS é um imposto sobre ‘operações relativas à circulação de mercadorias’. Essas ‘operações’, nada mais são que atos jurídicos praticados com créditos, câmbio, seguros e títulos ou valores mobiliários. A exemplo do que ocorre com o ICMS, elas podem ocorrer desde o nascimento desses contratos ou títulos representativos, na sua circulação ou extinção (ou resgate). Qualquer desses eventos, naturais na ‘vida’ desses direitos, pode ser qualificado pela Lei Complementar como suscetível de taxaço pelo IOF. As ‘operações’ pressupõem atos voluntários, compreendidos nesse circuito nascimento-fim dos negócios previstos na CF; em consequência, podem abranger a emissão, o contrato, a entrega, a cessão, a quitação, e o resgate. Tratando-se de contratos pode-se perfeitamente tributá-los pelo IOF na origem (nascimento), na circulação (transmissão) e na extinção. Esses os momentos mais peculiares e aptos da vida dos contratos para sua taxaço.”

Força, pois, concluir-se que, em termos de fato gerador do IOF, não há como desconsiderar como operações determinantes da incidência de tal exação, exatamente, as instituídas no art. 1º e seus incisos da Lei 8.033/90, no caso, transmissão ou resgate de títulos e valores mobiliários e os saques efetuados em Cadernetas de Poupança, por cuja exação, nas alíquotas estabelecidas no art. 5º da mesma Lei, respondem os contribuintes enumerados no art. 9º, no caso, os transmitentes, os beneficiários do pagamento do resgate e o sacador.

Por outro lado, se, na verdade, a cobrança de IOF sobre a transmissão, ao Apelante, de tais títulos se apresenta indevida pelo fato do adquirente de tais ações não ser contribuinte, em razão daquela operação, ou ainda em razão de, mesmo em relação ao transmitente, não haver como incidir tal exação, em virtude de tal operação ter-se dado antes da vigência da MP 160/90, convertida na Lei 8.033/90, tem-se, não só, a ilegitimidade do Apelante para arguir a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 1º, como e igualmente, há de atentar-se



**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

- III - o transmitente ou beneficiário do pagamento do resgate, nas hipóteses de que trata o inciso III do art. 1º (transmissão ou resgate de título representativo de ouro);  
IV - o transmitente, nas hipóteses de que trata o inciso IV do art. 1º;  
V - o sacador, na hipótese de que trata o inciso V do art. 1º (saques efetuados em cadernetas de poupança)."

Da leitura de tais dispositivos, vê-se:

- inicialmente, verifica-se que, diferentemente do afirmado pelo Apelante e, igualmente, no voto do Exmo. Desembargador-Relator, não há incidência de tal imposto, em razão da aquisição de tais títulos (ações), vez que, nos precisos termos do art. 1º, tais incidências se dão quer por transmissão ou resgate dos mesmos, ou, ainda, dos saques efetuados em Caderneta de Poupança, de cuja hipótese não cuida a presente Arguição;
- que em relação ao resgate, é contribuinte o beneficiário do pagamento do mesmo, na hipótese tratada no inciso I do art. 1º, enquanto em relação à transmissão, os contribuintes são, exatamente, os transmitentes, falados nos incisos I a IV do referido art. 1º, e o sacador, na hipótese de que trata o inciso V do mesmo artigo.

Vale dizer, na verdade, o Apelante não é devedor, segundo o disposto na Lei 8.033/90, de IOF, nem pela aquisição de tais ações, pura e simplesmente, porque tal operação não é tratada como hipótese de incidência de tal exação, como e igualmente, considerando, que não se noticia, nos autos, tenha o Apelante transmitido tais ações, pela transmissão das mesmas, pois em relação a esta operação, nos precisos termos do art. 9º do referido diploma legal, são contribuintes - devedores de tal obrigação, os transmitentes. Aliás, sobre a transmissão de tais ações, atente-se que, tendo as mesmas sido transmitidas ao Apelante em 09 e 12.03.90, portanto, antes da vigência da MP 160/90 (que é de 15.03.90), convertida na Lei 8.033/90, não há falar-se na incidência de referidos diplomas legais, no quanto não poderiam operar para trás. Ainda em relação à tal operação - transmissão das ações, se, na verdade, o Apelante pagou IOF sobre tal operação, pagou indevidamente, por não ser o contribuinte, atendendo, como acima se registrou, que o adquirente não fora elencado como contribuinte de tal imposto, dessumindo-se, por conseqüência, que, na verdade, por não ser contribuinte de tais operações (transmissão ou aquisição), igualmente, carece o mesmo de legitimidade para arguir a inconstitucionalidade no tocante à operação de transmissão, restando despiciendo falar-se quanto à operação de aquisição, porque desta não cuida a presente Lei.



## REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

art. 1º, da MP 160/90, que automaticamente foi debitado na sua aplicação financeira, com o percentual de 8%. Acontece que o Autor não deveria mais ter NCz\$, pois já havia em 15/03/90, data da MP 160/90, adquirido **Ações** em bolsa de valores, e apenas por força das medidas econômicas da época, não pôde pagá-las na data aprazada. Em sendo o caso, deveria apenas pagar o IOF somente sobre as **Ações**, conforme o inciso IV, do art. 1º, da MP 160/90..."

No tocante, especificamente, à Lei 8.033/90 de 12.04.90, verifica-se que, por seu art. 1º, foram instituídas, entre outras, as seguintes incidências do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários:

"I- **transmissão** ou **resgate** (destaquei) de títulos e valores mobiliários, públicos e privados, inclusive de aplicações de curto prazo...  
IV- **transmissão** de ações de companhias abertas e das conseqüentes bonificações emitidas;..."

Já em seu art. 2º, tal dispositivo legal estabelece que o imposto ora instituído, entre outras, terá como característica:

"I- somente incidirá sobre operações praticadas com ativos e aplicações, de cujo principal o contribuinte era titular em 16 de março de 1990".

No art. 5º, estabelecem-se como alíquotas:

"I- 8%, nas hipóteses de que trata o inciso I do art. 1º ("I- **transmissão** ou **resgate** (destaquei) de títulos e valores mobiliários, públicos e privados, inclusive de aplicações de curto prazo...);

...  
III- 25%, nas hipótese de que trata o inciso IV do art. 1º (IV- **transmissão** de ações de companhias abertas e das conseqüentes bonificações emitidas).

Finalmente, de importância, ainda, o disposto no art. 9º de tal diploma legal, que enumera como contribuintes de tal imposto:

"I – o transmitente ou beneficiário do pagamento do resgate, nas hipóteses de que trata o inciso I do art. 1º;  
II – o transmitente, na hipótese de que trata o inciso II do art. 1º (transmissão de ouro definido pela legislação como ativo financeiro);



## REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

concordo com esse argumento. O Decreto-Lei nº 1.783, de 18.04.80, refere-se ao IOF, como incidente nos termos do art. 63 do Código Tributário Nacional, incluindo, também, as operações relativas a títulos e valores mobiliários... A meu ver, inexistente inconstitucionalidade no disposto no art. 1º, IV, da MP 160/90, que se acha definido dentro dos limites previstos na lei já existente. Houve apenas a previsão de alíquota diversa, quando a espécie assumia a modalidade de 'transmissão de ações de capital aberto negociadas em bolsa de valores e emissão das respectivas bonificações.' Todavia, a leitura de tal dispositivo conjugada com a previsão do art. 2º, I – segundo o qual o imposto se restringe a ativos e aplicações de cujo principal o contribuinte era titular em 16.03.90 – deixa evidenciado seu caráter retroativo. A incidência do tributo ocorreu apenas porque se trata de operação realizada com ativos e aplicações de que o contribuinte era titular naquela data, o mesmo não ocorrendo, por exemplo, com operações ocorridas após aquela data... Em face do exposto, reconheço a inconstitucionalidade da exigência do disposto no art. 1º, I e IV combinado com o art. 2º, I, da Lei nº 8.033/90, ao determinar a retroatividade da exigência a 16.03.90."

Prosseguindo o julgamento, S. Exa. o Desembargador Federal Ubaldo Ataíde restou por acompanhar aquele Relator. Pedi vista. Aguardam os demais.

Verifico que, da petição inicial da Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica, cumulada com Ação Ordinária de Repetição de Indébito, em cuja Apelação foi suscitada a presente Arguição de Inconstitucionalidade, lê-se:

"Em 09 e 12.03.90, o autor adquiriu 165.000 ações da Cia. Vale do Rio Doce PP, nos pregões da Bolsa de Valores de São Paulo, através da 'Spinelli Corretora de Valores Mobiliários e Câmbio', totalizando NCr\$ 4.996.234,68, a serem pagos nos dias 14 e 15.03.90. Com a decretação dos feriados bancários entre os dias 14 e 16.03.90, e a edição das diversas medidas provisórias denominadas em seu conjunto de 'PLANO BRASIL NOVO', o suplicante somente veio a pagar tais aquisições em 19.03.90. Nessa mesma data o Autor teve os Recursos Financeiros automaticamente gravados com 8%, a título de IOF, decorrente da Medida Provisória nº 160, de 15.03.90. Posteriormente sob o grupamento das Ações adquiridas em 09 e 12/03/90, foi o autor compelido a pagar mais um IOF, agora em percentual de 25%, também decorrente da MP 160/90... O primeiro IOF, compulsoriamente pago pelo Autor, está previsto no inciso I do





## REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

que, ao ter, referido diploma legal, o transmitente como contribuinte, em momento algum estabeleceu a Lei a sua retroatividade, de modo a apanhar operação de transmissão ocorrida anterior a sua edição, ou da edição da MP 160/90. Aliás, também se verifica que, no tocante à incidência do IOF quanto ao resgate da operação de 'open-market', também não se registrou a defesa retroatividade da Lei, no quanto a operação de tal resgate, como um todo, só se per fez em 19.03.90, ou seja, quando já em vigência a MP 160/90, que é de 15 daquele mesmo mês e, sendo convalidada pela Lei 8.033/90, de 12.04.90, operou, no mundo jurídico, desde sua edição.

Dentro, pois, de tais fundamentos, é que não acolho a presente Arguição de Inconstitucionalidade.

**É como voto.**

C:\Meus documentos 16\Pfs 16\PLENO\Constitucional\ArgIncons59201.doc  
MC



## REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

### VOTO VISTA CONDUTOR

O Desembargador Federal Petrucio Ferreira:

Consoante se lê no Relatório da presente Arguição de Inconstitucionalidade, a mesma se refere ao art. 2º, inciso I da Lei nº 8.033/90, referente à exigência de IOF sobre resgate de títulos e valores mobiliários, transmissão de ações de empresa de capital aberto negociadas em bolsa de valores e emissão das respectivas bonificações. Tal Arguição de Inconstitucionalidade foi suscitada na Apelação Cível nº 59.201- PE.

O Relator, Exmo. Sr. Desembargador Federal, Castro Meira, reconheceu a inconstitucionalidade da exigência do disposto no art. 1º, incisos I e IV, combinado com o art. 2º, I, da Lei nº 8.033/90, por determinar a retroatividade da exigência a 16.03.90, consignando em seu voto, entre outras:

"No caso em exame, o autor adquiriu ações nos dias 09 e 12 de março de 1990, que deveriam ser pagas nos dias 14 e 15 seguintes, o que não se verificou em face dos feriados bancários entre os dias 14 e 16. Em consequência, ao resgatar o valor de suas aplicações em 'open-market' para o atendimento do compromisso assumido, recolheu IOF na FONTE correspondente à alíquota de 8% (oito por cento). Posteriormente, foi novamente compelido a pagar o mesmo imposto, desta vez na alíquota de 25%, pela aquisição das mesmas ações. A primeira exigência teve fundamento no art. 1º, I, da MP 160/90, enquanto a segunda se fundamenta no inciso IV do mesmo dispositivo. O autor volta-se inicialmente contra o disposto no art. 2º, I, da MP 160/90, quando determina a incidência do imposto sobre *'operações praticadas com ativos e aplicações de cujo principal o contribuinte era titular em 16 de março de 1990.'* O dispositivo viola o princípio da irretroatividade tributária, tendo em vista que, em face dos feriados bancários, atinge operações realizadas mesmo antes dessa data, como é o caso. O compromisso financeiro do autor fora assumido nos dias ~~09~~ e 12 de março para pagamento nos dias 14 e 15 seguintes, só não o fazendo em face da medida determinada pela Banco Central do Brasil para possibilitar as providências determinadas pelo Plano 'Brasil Novo'...Argumenta, ainda, que teria havido criação de imposto novo, na medida em que a incidência do imposto não seria mais sobre uma operação financeira, mas quanto à titularidade de ativos financeiros em 16.03.90, pelo que, nos termos do art. 154, I, da Constituição Federal, seria indispensável a edição de Lei Complementar. Data *venia*, não



## REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AC Nº 59.201-PE (94.05.30195-0)

APELANTE : MANOEL FERNANDO GARCIA

ADVOGADO : MAURÍCIO IGLÉSIAS CAVALCANTI MELO

APELADO : FAZENDA NACIONAL

RELATOR : Desembargador Federal CASTRO MEIRA

RELATOR P/ ACÓRDÃO: Desembargador Federal PETRUCIO FERREIRA

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IOF. COBRANÇA. RESGATE DE OPERAÇÕES *OPEN-MARKET*. AQUISIÇÃO DE AÇÕES. CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. LEGITIMIDADE. MP 160/90. LEI 8.033/90. RETROATIVIDADE DOS DIPLOMAS LEGAIS. INOCORRÊNCIA.

1. Em relação ao resgate de títulos ou valores mobiliários, *in casu*, da Operação *OPEN-MARKET*, é contribuinte do IOF, o beneficiário do pagamento (resgate) do mesmo, enquanto em relação à transmissão de ações, o contribuinte é o transmitente, e não o adquirente, nos termos precisos dos incisos I e IV, do art. 9º da Lei 8.033/90. Assim, não há que se falar em incidência do IOF na aquisição de ações, pura e simplesmente, porque tal operação não fora tratada como hipótese de incidência de tal exação;
2. Se a cobrança de IOF pela aquisição das ações se apresenta indevida, em razão do adquirente não ser o contribuinte, ou, ainda, em razão de, mesmo em relação ao transmitente, não haver como incidir tal exação, em virtude de tal operação ter-se dado antes da vigência da MP 160/90, convertida na Lei 8.033/90, tem-se a ilegitimidade do Apelante para argüir a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 1º;
3. No tocante ao resgate da operação de 'open-market', também não se registrou a defesa retroatividade da Lei, no quanto a operação de tal resgate, como um todo, só se perfez em 19.03.90, ou seja, quando já em vigência a MP 160/90, que é de 15 daquele mesmo mês e, sendo convalidada pela Lei 8.033/90, de 12.04.90, operou, no mundo jurídico, desde sua edição;
4. Argüição de Inconstitucionalidade não acolhida.

15h30min/Cristóvão



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

T.Pleno – 14.03.01  
Arg. Incons. Na AC. Nº 59.201  
J. N.M.F. Voto (cont.)

Tribunal Regional Federal  
5ª Região

-3-

**VOTO (Cont.)**

**O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:** Todo o problema reside, Senhor Presidente, em que as medidas provisórias Nº 170 e 171 foram alteradas, não foram convertidas na lei Nº 8.033 tal qual vieram do Executivo. Se elas tivessem sido convertidas o modo como o Presidente as editou, evidentemente não haveria (...) porque elas produzem efeitos desde a data da edição, como todos nós sabemos. Se tem utilidade ou não para o caso concreto, esta não é a questão. A questão que está posta não é se vai ter utilidade ou se não vai ter; é se é ou não constitucional. Vou acompanhar o voto do eminente Desembargador Castro Meira, reconhecendo ser incompatível com a Constituição essa retroatividade, ocasionada pela alteração que o Congresso Nacional fez no texto da medida provisória. Sem mais delongas, Senhor Presidente, acompanho o voto do Relator.

Assinatura manuscrita em tinta preta, provavelmente do Sr. Desembargador Federal Castro Meira.

**RELATOR: O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO MEIRA.**

15h30min/Cristóvão



PODER JUDICIÁRIO

T.Plano – 14.03.01  
Arg. Incons. Na AC. Nº 59.201  
J. N.M.F. Voto (cont.)

Tribunal Regional Federal  
5ª Região

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

-2-

### APARTE

**O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL PETRÚCIO FERREIRA:** Dr. Napoleão, enfrentei em estudo as medidas provisórias os constitucionalistas, entre eles com estudo profundo da perda da eficácia o nosso Pinto Ferreira, ele diz que se, por exemplo, a medida não é convalidada em lei ela perde sua eficácia *ex tunc*, inclusive é como se não houvesse havido aquela lei. Tanto assim que é o congresso Nacional que precisa disciplinar os efeitos daquela medida que não foi convalidada, porque, em tese, ela não existiu no mundo legislativo, embora em suas ações deixado resultado no mundo jurídico fático. Dentro de que se a medida provisória não convertida em lei perde sua eficácia *ex tunc*, o Supremo Tribunal Federal, tenho decidido votos de S.Exa. o Ministro Sepúlveda e de outros, inclusive do próprio Presidente do Supremo, têm entendido que se a medida provisória é convalidada em lei, os efeitos dessa lei contam a partir de quando da emissão da medida provisória. Porque a medida provisória já era lei naquele início. No caso que estou dizendo é que não houve essa retroatividade, considerando de que quando a operação de fato foi realizada já estava em vigor, que foi em 19 de março. Mas acontece que talvez até exista uma previsão de retroatividade. É neste ponto que acho importante se colocar, em termos de um Tribunal, que em relação à declaração de inconstitucionalidade só tem a competência *incidenter tantum*. Se a declaração de inconstitucionalidade é tão-somente *incidenter tantum*, esta declaração de inconstitucionalidade jamais será o pedido nos tribunais, mas sim, a *causa petendi*, o fundamento do pedido. Porque se passo a decidir a declaração de inconstitucionalidade sem utilidade prática para o pedido, estou transformando a *causa petendi* em petitum; e estou transformando estes desembargadores, que até alguns dias eram juizes, em Ministros do Supremo Tribunal Federal. Essa competência, pela Constituição não nos cabe. Do ponto de vista da utilidade da declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, na hipótese, quando ele pagou os 8% de IOF, em relação ao resgate, essa operação se deu antes ou já na vigência da medida provisória? A medida provisória foi publicada no dia 16 e o pagamento se deu no dia 19. Razão porque, pedindo vênias a V.Exa., acho que fiz o exame da matéria e mantenho o meu voto.

15h25min/Lúcia



T.Pleno – 14.03.01



**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE  
NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 59.201**

**VOTO**

**O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO** : Sr. Presidente, egrégio Tribunal, em matéria de Direito Tributário a exegese deve buscar sempre, a meu ver, a proteção ao contribuinte.

Deve-se ressaltar que a Lei nº 8.033 é oriunda da MP 160 e 171. Mas foram essas medidas provisórias alteradas no Congresso e o art. 2º, inciso II, da lei, prevê a incidência do tributo a partir do dia 16 de março de 1990, quando a lei é de 12 de abril de 1990.

A retroatividade da incidência aqui está mais do que caracterizada. Não estaria se as medidas provisórias 160 e 171 tivessem sido convertidas em lei. Mas assim não aconteceu. Essas medidas provisórias foram objeto de conversão no Congresso e na conversão se manteve a retroatividade do art. 2º, inciso II, prevendo a incidência da exação a partir de 16 de março, quando a lei é de abril...

Assinatura manuscrita em tinta preta, provavelmente do desembargador federal Napoleão Nunes Maia Filho.

>>>

15h25min/Cristóvão



T.Pleno – 18.11.12



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE  
NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 59.201 - PE  
RELATÓRIO E VOTO (NO GABINETE)**

**O SR. JUIZ CASTRO MEIRA (RELATOR):** Reconheço a inconstitucionalidade da exigência do disposto nos incisos 1º e 4º do artigo 1º, combinado com o artigo 2º, inciso 1º da Lei Nº 8.033/90.

**O SR. JUIZ PETRÚCIO FERREIRA:** Peço vista dos autos.

**DECISÃO:** Após o voto do Relator, que declarava inconstitucional os incisos 1º e 4º do artigo 1º, combinado com o artigo 2º, inciso 1º da Lei Nº 8.033/90, pediu vista o Sr. Juiz Petrócio Ferreira. Antecipou o voto o eminente Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcante, acompanhando o Relator. Impedido o Sr. Juiz Francisco Cavalcanti. Aguardam os demais.



15h30min – Kátia

T. Pleno – 18.11.98

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA  
APELAÇÃO CÍVEL Nº 59.201-PE  
ANTECIPAÇÃO DE VOTO**

**O SR. JUIZ UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE:** Acompanho o voto do eminente Relator.

**RELATOR: O SR. JUIZ CASTRO MEIRA.**





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

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AC Nº 59.201 - PE (9405301950)  
(V - 06)

*“2 - As alíquotas de 35%, 25% e 20% incidentes sobre a transmissão e resgate de título representativo de ouro, a transmissão de ações de companhias abertas, e sobre os saques de cadernetas de poupança exacerbaram a capacidade contributiva do sujeito passivo tributário, inviabilizando, inclusive, as operações realizadas pelos contribuintes.*

*3 - 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 de 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.*

*4 - Apelação e remessa oficial improvidas.’*

Pelo exposto, impõe-se a declaração da inconstitucionalidade dos incisos I e IV do art. 1º da Lei 8.033/90.”

Trago, por fim, a título de argumentação, questão análoga decidida pelo Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal, conforme notícia veiculada no Informativo nº 127-STF, nestes termos:

**“IOF: Título Representativo de Ouro**

Aplicando o entendimento firmado no julgamento do RE 190.363-RS (Sessão Plenária de 13.5.98, v. Informativo 111) — **no qual se declarou a inconstitucionalidade do inciso II, do art. 1º, da Lei 8.033/90** (“São instituídas as seguintes incidências do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores imobiliários: ... II - Transmissão de ouro definido como ativo financeiro”), sob o fundamento de que o ouro, quando definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto sobre operações financeiras devido na operação de origem, sendo inconstitucional qualquer incidência do mencionado tributo sobre as operações subsequentes —, o Tribunal conheceu de recurso extraordinário interposto pela União Federal, mas lhe negou provimento, **declarando, também, a inconstitucionalidade do inciso III do art. 1º da referida Lei 8.033/90, que previa a incidência do IOF nos casos de “transmissão ou resgate de título representativo de ouro.** (RE.225.272-SP, rel. Min. Carlos Velloso, 15.10.98.)”  
(Grifos meus.)

Em face do exposto, reconheço a inconstitucionalidade da exigência do disposto no art. 1º, I e IV, combinado com o art. 2º, I, da Lei nº 8.033/90, ao determinar a retroatividade da exigência a 16.03.90.

É como voto.



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

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AC Nº 59.201 - PE (9405301950)  
(V - 05)

Assim já entendeu a Jurisprudência do TRF-3ª Região em acórdão prolatado em 24/11/94. Verbis:

*'Tributário. Argüição de Inconstitucionalidade. IOF. Ouro. Lei nº 8.033/90. Art. 1º, incisos II e III. Destinação. Ativo financeiro. Regime monofásico. Tributação única na operação de origem. Imposto novo sobre o patrimônio.*

*Necessidade de Lei Complementar, nos termos do art. 154, I da Constituição da República. Princípio da irretroatividade. Inconstitucionalidade acolhida unanimidade". (AC nº 172498-SP, de 24.11.94, Relatora: Juíza Lúcia Figueiredo).*

Por seu turno, a 4ª Turma do referido colegiado, em 07.12.94, já havia prolatado, na Apelação em Mandado de Segurança nº 03054321-SP, o seguinte acórdão ementado:

*"Tributário. Segurança.*

*Constitucional. Mandado de*

*VIII - A Lei n 8.033/90 instituiu imposto novo - sobre patrimônio existente em 16 de março de 1990 - o que só seria possível mediante lei complementar, nos termos do art. 154, I, da Constituição da República de 1988.*

*IX - Infringência ao disposto no estatuto do contribuinte, pois definiu como hipóteses de incidência fato inteiramente ocorrido no passado, entrando em testilhas com o princípio da irretroatividade instituído no art. 150, inciso III, letra "a", da Constituição da República de 1988.*

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

*XI - Inconstitucionalidade do art 1º, inciso I, da Lei nº 8.033/90, reconhecida pela turma, determinando-se a remessa do feito ao plenário.' (Relatora: Juíza Lúcia Figueiredo, DJ de 07.03.95).*

Há que se atentar para o fato de que havendo cobrança do tributo sem observância deste preceito constitucional, cobra-se tributo com efeito de confisco (art. 150, IV CF).

Tanto é assim que temos a confirmar as deduções obtidas, por acórdão emanado pelo Tribunal Regional Federal - 5ª Região, a seguir transcrito:

*'Apelação em Mandado de Segurança nº 2.078- RN.*

*Relator: Juiz José Delgado.*

*Ementa: Tributário. IOF. Lei nº 8.033/90. Tributo com efeito. Confiscatório. Necessidade de Lei Complementar.*

*1 - a vedação do confisco, muito embora seja de difícil conceituação no direito pátrio, face à 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.*

*CM*



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

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AC Nº 59.201 - PE (9405301950)  
(V - 04)

*'Segundo o Código Tributário Nacional, podem constituir hipóteses de incidência desse imposto: (a) a efetivação de uma operação de crédito, pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado; (b) a efetivação de uma operação de câmbio pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado, em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional, ou posta à disposição por este; (c) a efetivação de uma operação de seguro, pela emissão da apólice ou do documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável; (d) a emissão, transmissão, pagamento ou resgate de título e valores mobiliários, na forma da lei aplicável (CTN, art. 63).*

*Se uma operação de crédito está representada pela emissão, pagamento ou resgate de um título, a incidência é uma só. Não haveria uma incidência sobre a operação de crédito e outra sobre a emissão, pagamento ou resgate do título que a represente (CTN, art. 63, parágrafo único)". Dr. Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, pág. 243.*

A lei que instituiu a cobrança do Imposto sobre Operações Financeiras é a Lei nº 5.143/66 e nesta não há menção aos casos dos incisos I e IV da Lei nº 8.033/90, os quais dizem respeito respectivamente a: resgate de títulos e valores mobiliários; e transmissão de ações de empresa de Capital Aberto negociadas em bolsa de valores e emissão das respectivas bonificações.

Tais hipóteses de incidência também não foram estabelecidas no Decreto-Lei nº 1.783, de 18.04.1980.

Sob este aspecto, vale transcrever a lição do eminente tributarista há pouco mencionado. Depois de analisar o conceito de operação e, bem assim, o de operação de crédito, anota:

*'... Evidenciado fica não ser o saque em caderneta de poupança, ou de um depósito bancário qualquer, uma operação de crédito, como pretendeu o legislador ao editar a Medida Provisória 168, de 15 de março de 1990. Ressalte-se que o fisco federal tem pretendido cobrar o IOF até sobre o levantamento de depósitos feitos para os fins do art. 151, inciso II, do CTN, o que é um verdadeiro absurdo' (Hugo Brito Machado, ob. cit., pág. 244).*

A Constituição Federal não cria Tributo, ela apenas delimita seu âmbito. Cabe, pois, à lei infra-constitucional instituí-los. Pela lei nº 8.033/90 foi instituído tributo novo, sem que a União Federal o tivesse feito mediante lei complementar (art. 154, I da CF), dada a sua competência residual para instituir impostos distintos dos alinhados no art. 153 da CF.



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

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AC Nº 59.201 - PE (9405301950)  
(V - 03)**

A meu ver, inexistente inconstitucionalidade no disposto no art. 1º, IV, da MP 160/90, que se acha definido dentro dos limites previstos na lei já existente. Houve apenas a previsão de alíquota diversa, quando a espécie assumia a modalidade de "transmissão de ações de capital aberto negociadas em bolsas de valores e emissão das respectivas bonificações".

Todavia, a leitura de tal dispositivo conjugada com a previsão do art. 2º, I - segundo o qual o imposto se restringe a ativos e aplicações de cujo principal o contribuinte era titular em 16.03.90 - deixa evidenciado o seu caráter retroativo. A incidência do tributo ocorreu apenas porque se trata de operação realizada com ativos e aplicações de que o contribuinte era titular naquela data, o mesmo não ocorrendo, por exemplo, com operações ocorridas após aquela data.

Válido, assim, o ensinamento de AIRES F. BARRETO, ao observar:

Norma retroativa - que a Constituição proíbe - é toda e qualquer norma que colhe o fato já sucedido, já acontecido, realizado previamente à sua edição. Para que não seja retroativa, a lei ou medida provisória só pode alcançar fato que ainda não o é, no momento de publicação da lei. Só é verdade lei que se propõe a alcançar fatos que estão por vir (e que, por isso, fato ainda não o são).”(Rep. IOB de Jurisp., págs. 150/152).

A nenhum título, *ex vi* da vedação inscrita no inciso III, “a” do art. 150, da Constituição Federal, podem ser alcançados fatos ocorridos em tempo precedente à medida provisória. Os fatos que sucederam antes da edição da norma não podem sofrer a irradiação desta.

Em parecer emitido nestes autos, assim se pronunciou o eminente Procurador Regional da República, Dr. IVALDO OLÍMPIO DE LIMA:

“Trata-se de Argüição de Inconstitucionalidade dos incisos I e IV do art. 1º da Lei nº 8.033/90, na Apelação Cível em que Manoel Fernando Garcia é o recorrente. Acerca do imposto sobre operações financeiras (IOF), assim mais conhecido, embora com designação imprópria, é pertinente a lição do ex-Presidente desta Corte Dr. Hugo Machado. Verbis:



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

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AC Nº 59.201 - PE (9405301950)  
(V - 02)

A primeira exigência teve fundamento no art. 1º, I, da Medida Provisória 160/90, enquanto a segunda se fundamenta no inciso IV do mesmo dispositivo.

O autor volta-se inicialmente contra o disposto no art. 2º, I, da MP 160/90, quando determina a incidência do imposto sobre "*operações praticadas com ativos e aplicações de cujo principal o contribuinte era titular em 16 de março de 1990*".

O dispositivo viola o princípio da irretroatividade tributária, tendo em vista que, em face dos feriados bancários, atinge operações realizadas mesmo antes dessa data, como é o caso. O compromisso financeiro do autor fora assumido nos dias 9 e 12 de março para pagamento nos dias 14 e 15 seguintes, só não o fazendo em face da medida determinada pelo Banco Central do Brasil para possibilitar as providências determinadas pelo Plano "Brasil Novo".

Nesse ponto, a situação é similar à dos saques efetuados em caderneta de poupança, já que ao efetuar a aplicação de recursos no "open-market", o autor desconhecia que, mais tarde, para resgatá-los seria obrigado a pagar o tributo ora em exame. Aplicável a feliz imagem caricaturesca utilizada pelo eminente Juiz Hugo Machado, para quem a situação se pode comparar àquela em que a entrada de um espetáculo seria gratuita, mas que depois fosse exigido o pagamento pela saída. Desse modo, o resgate desses valores fica submetido à situação anterior ao do advento do novo diploma legal.

Argumenta, ainda, que teria havido criação de imposto novo, na medida em que a incidência do imposto não seria mais sobre uma operação financeira, mas quanto à titularidade de ativos financeiros em 16.03.90, pelo que, nos termos do art. 154, I, da Constituição Federal, seria indispensável a edição de Lei Complementar.

*Data venia*, não concordo com esse argumento. O Decreto-Lei nº 1.783, de 18.04.80, refere-se ao IOF, como incidente nos termos do art. 63 do Código Tributário Nacional, incluindo também as operações relativas a títulos e valores mobiliários.

Quanto à definição do que se deva entender pela expressão supra, assim escreve o tributarista HUGO DE BRITO MACHADO:

"Operação relativa a *títulos e valores mobiliários* é aquela que implica transferência de propriedade desses títulos. Por *títulos ou valores mobiliários* se há de entender *os papéis representativos de bens ou direitos*. Podem representar direitos de propriedade de bens, como acontece com os títulos de participação societária, que corporificam parcelas do direito de propriedade sobre o patrimônio social, ou direitos de crédito, como acontece como os papéis relativos a financiamentos." (*in* Curso de Direito Tributário, 12ª edição, p.243.)

MA