

Supremo Tribunal Federal

COORDENADORIA DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 12.06.98

EMENTÁRIO 1914 - 03

617

13/05/98

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 190.363-5 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
RECORRENTE: UNIÃO FEDERAL
ADVOGADA : PFN - MARIA DA GRAÇA HAHN
RECORRIDO : CURTUME AIMORE S/A
ADVOGADOS : DELUCI DE FÁTIMA DE SOUZA E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IOF. OURO: TRANSMISSÃO DE OURO ATIVO FINANCEIRO. C.F., art. 153, § 5º. Lei 8.033, de 12.04.90, art. 1º, II.

I. - O ouro, definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se, exclusivamente, ao IOF, devido na operação de origem: C.F., art. 153, § 5º. Inconstitucionalidade do inciso II do art. 1º da Lei 8.033/90.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, conhecer do recurso extraordinário (art. 102, inciso III, letra b), e negou-lhe provimento para declarar a inconstitucionalidade do inciso II do art. 1º da Lei nº 8.033, de 12/04/90. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso de Mello, Presidente.

Brasília, 13 de maio de 1998.

Carlos Velloso

CARLOS VELLOSO - PRESIDENTE e RELATOR



eb

13/05/98

618
TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 190.363-5 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
RECORRENTE: UNIÃO FEDERAL
ADVOGADA: PFN - MARIA DA GRAÇA HAHN
RECORRIDO: CURTUME AIMORE S/A
ADVOGADOS: DELUCI DE FATIMA DE SOUZA E OUTROS

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Trata-se de mandado de segurança, impetrado por CURTUME AIMORÉ S/A contra ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM NOVO HAMBURGO, objetivando a inexigibilidade do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, sobre Operações Relativas a Título ou Valores Mobiliários - IOF, quando da transmissão do ouro definida como ativo financeiro ou resgate de título representativo do metal.

A sentença concedeu a segurança para o efeito de autorizar o levantamento da custódia do ouro junto às instituições financeiras, independentemente da comprovação do pagamento do IOF.

A 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento à apelação e à remessa oficial, em acórdão assim ementado:

mm

619

"TRIBUTÁRIO. IOF SOBRE OPERAÇÕES COM OURO. LEI 8.033/90, ART. 1º, II.

1 - Inconstitucionalidade reconhecida na REO nº 92.04.09625-0-RS.


2 - O ouro, como ativo financeiro, só pode constituir fato gerador de IOF na operação de origem.

3 - Apelação e remessa oficial improvidas."

Daí o RE, interposto pela Fazenda Nacional, fundado no art. 102, III, alínea **b**, da Constituição Federal, alegando a constitucionalidade da Lei nº 8.033/90.

Sustenta, em síntese, que:

a) a impetrante não demonstrou a existência de um ato coator, sendo mera abstração a ameaça de violação de direito líquido e certo;

b) "quis o legislador constituinte que o ouro, quando definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, fosse passível somente de imposição do ISOF, excluindo-o da incidência do ICMS e do IPI"; 

c) o ouro, enquadrado em várias hipóteses de incidência, sujeita-se apenas à do ISOF, se enquadrável no art. 153, § 5º da Constituição Federal;

d) podemos falar em duas espécies de tributação para o ouro:

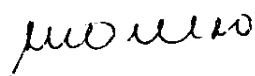
I - tributação ordinária (Lei 8.033/90), que decorre da competência privativa da União (CF/88, art. 153, V); e

II - tributação extraordinária (Lei 7.766/89), que corresponde ao exercício da competência do art. 153, § 5º, da Constituição Federal.

Admitido o recurso, subiram os autos.

A Procuradoria-Geral da República, parecer do ilustre Subprocurador-Geral Roberto Monteiro Gurgel Santos, opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.



13/05/98

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 190.363-5 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): A Constituição pretérita estabelecia que o ouro estava sujeito ao imposto único sobre minerais. É dizer, estabelecia a incidência exclusiva e em uma única operação, do imposto único sobre minerais - IUM, nas operações realizadas com o ouro antes da industrialização. Com a industrialização, o ouro se submetia ao IPI e ao ICM: a operação de industrialização, ou a produção industrial do ouro, geraria o IPI, e a operação de mercancia, tendo por base o ouro industrializado, o ICM.

A Constituição de 1988 inovou: não há imposto único sobre minerais. Em estado natural, ou industrializado, o ouro estará sujeito, nas operações mercantis, ao ICMS. Todavia, se utilizado como ativo financeiro, estará o ouro sujeito ao IOF. (C.F., art. 153, § 5º; art. 155, § 2º, X, c). Desaparecida essa condição — utilização como ativo financeiro — submeter-se-á ao ICMS, nas operações mercantis. (José Alfredo Borges, "As operações com Ouro e o Regime Jurídico da Repartição da Receita do ICMS aos Municípios",

mu

in Rev. Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual - Minas Gerais", 13/9).

Com propriedade, pois, escreveu o então Juiz Ari Pargendler, no voto que embasa o acórdão recorrido, que "a destinação do ouro o identifica como mercadoria ou como ativo financeiro. A entrada do ouro no mercado financeiro e sua permanência nele lhe assegura esse regime vantajoso: o de ser tributado uma só vez (monofasicamente) e de modo exclusivo (unicamente) pelo Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro Relativo a Títulos e Valores Mobiliários".

Esse regime jurídico do ouro, como ativo financeiro, está inscrito na Constituição Federal, § 5º do art. 153:

"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 -
- II -"

mm

A Lei 7.766, de 11.05.89, estabeleceu:

623

"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 assemelhadas, ou no Mercado de Balcão com a interveniência de instituição financeira autorizada, serão consideradas operações financeiras".

Prescreve, a seu turno, o artigo 4º:

"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% (um por cento), assegurada a transferência do montante arrecadado, nos termos do artigo 153, § 5º, incisos I e II, da Constituição Federal."

Dispõe, a seguir, o art. 8º:

"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 o seu desembaraço aduaneiro."

O art. 9º e seu parágrafo único cuidam da base de cálculo do imposto. O art. 10 reza que "contribuinte do imposto é a instituição autorizada que efetuar a primeira aquisição do ouro, ativo financeiro."

A Lei 7.766, de 11.05.89, dispõe, é bem de ver, de conformidade com a Constituição Federal, § 5º do art. 153.

Registre-se que há os que entendem que a lei referida no § 5º do art. 153, da C.F., deve ser lei complementar. Então, como essa lei complementar ainda não foi editada, estaria o ouro submetido, em

todas as operações de circulação realizadas, ao ICMS, independentemente de sua destinação (José Alfredo Borges, ob. loc. cits.).

Não penso assim.

É que a C.F., no § 5º do art. 153, não exige lei complementar para definir o que seja ouro ativo financeiro. A C.F., no citado § 5º do art. 153, exige, apenas, lei. Reconheço que aqueles que propugnam pela lei complementar apoiam-se em bons argumentos, dado que a C.F., estabelece que cabe à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 146, II). Todavia, o que deve ser entendido é que a própria Constituição, no ponto, é que dispôs que a lei definiria o ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial (§ 5º do art. 153, C.F.). Ora, todos sabemos que a Constituição, quando quer lei complementar, expressamente assim dispõe. É dizer, a C.F. expressamente se refere, em certos casos, que lei complementar estabelecerá, ou definirá, ou estabelecerá os limites, etc. No caso, não custa repetir, a Constituição, no § 5º do art. 153, fala em lei, simplesmente. *mu*

Essa questão, entretanto, não tem maior interesse, no caso.

Sobreveio a Lei 8.033, de 12.04.90, que dispôs, no seu art. 1º, II e III:

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

I. -

II. - Transmissão de ouro definido pela legislação como ativo financeiro;

III. - Transmissão ou resgate de título representativo de ouro;"

Conforme se verifica, instituiu a Lei 8.033/90 nova incidência do IOF. É ver:

"Art. 2º. O imposto ora instituído terá as seguintes características:

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

II. - incidirá uma só vez sobre as operações especificadas em cada um dos incisos do artigo anterior, praticadas a partir de 16 de março de 1990 com o título ou valor mobiliário, excluída sua incidência nas operações sucessivas que tenham por objeto o mesmo título ou valor mobiliário;

mu

III. - não prejudicará as incidências já estabelecidas na legislação, constituindo, quando ocorrer essa hipótese, um adicional para as operações já tributadas por essa legislação;"

Ora, essa nova incidência é ofensiva ao disposto no § 5º do art. 153 da C.F..

Vale transcrever o que escreveu, a respeito, o então Juiz e hoje eminente Ministro do STJ, Ari Pargendler, relator do acórdão recorrido, forte no magistério de Alberto Xavier:

"(...)

Fora de dúvida, essa inovação colide com o caráter monofásico e exclusivo do Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários incidente sobre o ouro enquanto ativo financeiro. Fato que nem o artifício de considerá-lo adicional do imposto já cobrado deixa menos evidente. Porque não se trata de um adicional. Em trabalho magnífico, Alberto Xavier demonstrou que essa exigência tem base de cálculo e contribuintes diferentes, diversamente do que acontece com um adicional que sempre tem por base de cálculo o valor do tributo principal e é pago pelo mesmo contribuinte. "Fato gerador da obrigação tributária principal (IOF sobre ouro ativo financeiro)" - escreveu aquele jurista "é a realização da operação de origem, ou seja, a primeira aquisição do ouro por instituição financeira, enquanto o fato gerador previsto no art. 1º, II, da Medida Provisória 160 é um fato absolutamente autônomo e independente do primeiro - a transmissão (ou posse) do ouro, o que descaracteriza esta incidência como prestação acessória da primeira. Por outro lado tal incidência, se se tratasse de verdadeiro adicional, teria por base de cálculo o valor do tributo principal (o IOF incidente na primeira aquisição do ouro

por instituição financeira), enquanto a incidência prevista no art. 1º, II, da Medida Provisória 160 tem como base de cálculo o valor da operação da subsequente transmissão do ouro (ou o preço médio da bolsa). Enfim, os contribuintes de ambas as imposições são diferentes, pois enquanto na incidência prevista na legislação anterior o contribuinte é a instituição financeira adquirente, na incidência prevista no art. 1º, II da Medida Provisória 160 o contribuinte é o transmitente (ou possuidor) do ouro" (IOF - Inconstitucionalidades das Novas Incidências do IOF em Geral e sobre o Ouro em Especial, Revista de Direito Tributário nº 52, p. 97/109).

Daí se segue que, superpondo-se à tributação que a Constituição Federal previu uma só, a exigência nova é inconstitucional. O vício está radicado, basicamente, no art. 2º, III, da Lei nº 8.033, de 1990, que trata como adicional exigência que tem natureza autônoma, num caso ou noutro incompatível com a incidência única e exclusiva do Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou Relativas a Títulos e Valores Mobiliários quando tem por objeto o ouro enquanto ativo financeiro.

Voto, por isso, no sentido de declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, III, da Lei nº 8.033, de 1990." (fls. 89-90)

Correto o entendimento.

Conforme foi dito, o ouro, enquanto ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se, exclusivamente, ao IOF, devido na operação de origem (C.F., art. 153, § 5º), certo que o fato gerador desse imposto, na forma do disposto no art. 8º e seu parágrafo único, da Lei 7.766, de 11.05.89, "é a primeira aquisição do ouro, ativo financeiro, efetuada por instituição autorizada, integrante do Sistema Financeiro Nacional" (art. 8º, **caput**), ou, tratando-se "de

ouro físico oriundo do exterior, ingressado no País, o fato gerador é o seu desembaraço aduaneiro." (Parágrafo único do art. 8º). Ora, estabelecendo a Lei 8.033/90 incidência sobre a transmissão do ouro, enquanto ativo financeiro, relativamente às operações subsequentes à originária (Lei 7.766/89, art. 8º e seu parágrafo único), é inconstitucional.

Não há falar em adicional – art. 2º, III, Lei 8033, de 1990 - dado que se trata, na verdade, de nova incidência sobre operações subsequentes à operação originária.

É o que ressaltou do magistério de Alberto Xavier:

"O que hoje existe por força da Medida Provisória 160 de Lei 8.033/90 é, pois, uma tributação bifásica do ouro ativo financeiro, que se traduz numa dupla incidência: uma, na primeira aquisição do ouro pela instituição financeira, em que o fato gerador é a aquisição, a base de cálculo o preço de aquisição, à alíquota de 1% e contribuinte a instituição financeira adquirente; outra, na transmissão ou venda do ouro, em que o fato gerador é a transmissão, a base de cálculo o preço de venda, à alíquota de 35% e contribuinte o transmitente, ou opcionalmente, decorrente da simples posse do ouro, tendo por base de cálculo o preço médio de bolsa, à alíquota de 15% e contribuinte também o transmitente. E esta segunda incidência é inconstitucional." (Alberto Xavier, "IOF - Inconstitucionalidade das novas incidências do IOF em geral e sobre o ouro em especial", em "Rev. de Direito Tributário", 52/97).

lu

Assim posta a questão, o recurso é de ser conhecido - letra **b**. Conhecido o recurso o Supremo Tribunal julga a causa. Tem-se, no caso, a hipótese do art. 1º, II, da Lei 8.033/90: declara a impetrante, na inicial, que possuía, "em 15 de março 143.000 gramas de ouro, registrados como Ativo Financeiro em sua contabilidade." (fl. 3). É dizer, quer livrar-se da incidência do art. 1º, II, da Lei 8.033/90.

Conhecendo o Supremo Tribunal Federal do recurso, repito - letra **b** - o Supremo Tribunal julga a causa. Julgando-a, dou pela inconstitucionalidade do inciso II do art. 1º da Lei 8.033/90.

Em conclusão, conheço do recurso - art. 102, III, **b** - mas lhe nego provimento, declarando a inconstitucionalidade do inciso II do art. 1º da Lei 8.033, de 12.04.90. *Morillo*

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 190.363-5

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

RECTE. : UNIÃO FEDERAL

ADV. : PFN - MARIA DA GRAÇA HAHN

RECDO. : CURTUME AIMORE S/A

ADV. : DELUCI DE FATIMA DE SOUZA E OUTROS

Decisão : O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário (art. 102, inciso III, letra b), e negou-lhe provimento para declarar a inconstitucionalidade do inciso II do art. 1º da Lei nº 8.033, de 12/4/90. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso de Mello, Presidente. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Plenário, 13.5.98.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tomimatsu
Coordenador