
ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO IOF ADICIONAL

Bruno Costa Vicente¹

Orientadora: Prof.^a Vivianne Rigoldi Boechat²

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o atual regime tributário brasileiro, mais especificamente a alta carga tributária imposta aos brasileiros. A cada ano que passa, aumenta a quantidade de tributos pagos pela população: recentemente, foram aprovados dois Decretos nos quais aumentam-se não só as alíquotas, mas também a área de incidência do Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários, popularmente conhecido como Imposto Sobre Operações Financeiras (IOF), dado seu caráter de incidir sobre operações de cunho financeiro. Dada a notória repercussão sobre o tema, este trabalho procurou demonstrar todos os aspectos deste imposto, para assim chegar à conclusão se a alíquota adicional é válida e deve ou não prosperar.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Análise 2. Constitucionalidade 3. Imposto.

ABSTRACT

This work aims to study the current Brazilian tax system, specifically the high tax burden imposed on Brazilians. Each year the amount of taxes paid by the population increases recently, were approved two decrees which increase not only the rates but also the area of incidence of the tax on credit operations, foreign exchange and insurance, and on operations on Securities, known popularly as taxes on financial transactions (IOF), given its character of incidence over operations of financial nature. Given the striking effect on the subject, this study sought to demonstrate all aspects of this tax, so as to arrive to a conclusion whether the additional aliquot is valid or not, and should thrive.

KEYWORDS: 1. Review 2. Constitutionality 3. Tax.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo estudiar el actual sistema tributario brasileño, en particular la elevada carga fiscal impuesta a los brasileños. Cada año que pasa aumenta la cantidad de impuestos pagados por la población, se ha aprobado recientemente dos decretos que no sólo aumenta las tarifas, sino también la zona de incidencia del impuesto sobre las operaciones de crédito, de divisas y los seguros, y sobre las operaciones sobre Valores, conocido popularmente como los impuestos sobre las transacciones financieras (IOF), dado su carácter de relacionarse con la naturaleza financiera. Teniendo en cuenta el efecto sorprendente sobre el tema, este estudio trató de demostrar todos los aspectos de este impuesto, a fin de llegar a

¹ Graduado em Direito (Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM/ Marília-SP). Bancário. E-mail: g_brunow_c@hotmail.com

² Professora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (Marília-SP).

la conclusión de que la alícuota adicional eh o no válida, y debe prosperar.

PALABRAS CLAVE: 1. Revisión 2. Constitucionalidad 3. Impuesto.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca refletir sobre a constitucionalidade do aumento das alíquotas do Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e Sobre Operações Relativas a Títulos e Valores Mobiliários, comumente conhecido como IOF. O aumento foi instituído pelos Decretos 6.339, de 03/01/2008 e 6.345, de 04/01/2008, os quais elevaram as alíquotas deste imposto, de modo geral, em 0,38%, além de ter instituído um adicional de idêntico percentual em todas as operações abrangidas por ele, incidindo inclusive sobre aquelas tributadas pela alíquota zero.

Buscamos, ainda, identificar as limitações do poder de tributar, verificadas nos princípios constitucionais tributários e neste artigo, no qual centralizaremos o tema apenas acerca do Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros e Sobre Operações Relativas a Títulos e Valores Mobiliários.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

O exercício do poder tributário no Brasil se acha submetido a uma série de máximas constitucionais especialmente dirigidas a esse setor. São os princípios constitucionais tributários, em sua grande maioria, explícitos e a legislação infraconstitucional deve acatar em todo seu conteúdo. Vejamos a seguir quais são.

1.1 Princípio da Legalidade

Existe o princípio da legalidade de forma genérica, previsto no art. 5º, II, da Constituição. Contudo, para o Direito Tributário, esse princípio ganha maior força imperativa, como disposto no art. 150, I, que encontra-se com a seguinte redação:

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 tributo sem lei que o estabeleça;
[...].

Desta forma, fica entendido que qualquer das pessoas políticas de direito constitucional interno somente poderá instituir tributos ou aumentar os existentes mediante exposição de lei. Carvalho (1999, p. 158), assim dispõe:

O veículo introdutor da regra tributária no ordenamento há de ser sempre a lei (sentido lato), porém o princípio da estrita legalidade diz mais que isso,

estabelecendo a necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional.

Sendo a lei a manifestação legítima da vontade do povo por seus representantes no parlamento, entende-se que quando algo é instituído por lei significa que o tributo teve consentimento do povo.

O princípio da legalidade tributária provoca o entendimento de que, sem lei, nenhum tributo pode ser majorado ou instituído, ou seja, só é possível criar-se nova regra de incidência ou majorar-se a base de cálculo ou a alíquota através de lei regularmente instituída. Em outras palavras, qualquer ente político de direito constitucional interno somente poderá instituir tributos, isto é, descrever como será a incidência, ou aumentar os existentes, mediante a expedição de lei.

O princípio da legalidade tributária pode ser visto sob dois aspectos: o da legalidade formal e o da legalidade material. No campo da legalidade formal, temos que a regra tributária deve ser inserida no ordenamento jurídico obedecendo aos devidos trâmites instituídos para sua criação e, quanto à legalidade em seu aspecto material, tratado pela doutrina como princípio da tipicidade tributária, impõe que a lei traga de maneira especificada os elementos que descrevem o

fato jurídico e os elementos que prescrevem o conteúdo da relação obrigacional.

Nesse sentido, entende-se que como existe a necessidade de que os tributos sejam criados por meio de lei, não é dispensável a existência de mecanismos revisores da legalidade destes mesmos tributos, seja na esfera judicial, ou na própria esfera administrativa, contribui para a segurança jurídica dos contribuintes, como Sanches apud Carraza (1998, p. 227), expõe:

O princípio da legalidade, os princípios materiais que constitucionalizem os pontos essenciais da lei fiscal, a necessidade de encontrar na lei o fundamento direto da decisão administrativa convergem num único sentido: assegurar a racionalidade dos comportamentos privados, que tem como condição a previsibilidade da lei fiscal – e das decisões administrativas e judiciais que vão aplicar – e a calculabilidade dos encargos fiscais

Além disso, o contribuinte tem direito de saber exatamente de onde podem provir as leis aptas a obrigá-lo a pagar tributos.

Concorda-se, então, em dizer que tal lei, além de descrever com riqueza todos os pormenores da norma jurídica tributária, deve conter os critérios que presidirão a prática em cada caso concreto. Carraza (1998,

p. 243). entende que

A lei tributaria deve conter critérios e suficientes para cortar quaisquer arbitrariedades do Fisco. Tais critérios devem necessariamente apontar: a) os destinatários do tributo (os contribuintes), porquanto não se admite fique relegada ao arbítrio da Fazenda Publica a inclusão ou a exclusão de determinadas categorias de contribuintes; e b) os pressupostos do tributo, isto é, a coisa, o ato, o fato, a situação ou a qualidade da pessoa que constitui o pressuposto objetivo da tributação, e, também, a relação em que se deve achar o sujeito passivo da prestação.

Amaro (2006, p. 127) exprime que “A Constituição não dá à lei o poder de delegar ao Executivo a livre fixação da alíquota”, ou seja, o Executivo não está autorizado a modificar as alíquotas quando ele julgue conveniente, ou de acordo com as diretrizes ou razões que ele próprio venha a traçar, uma vez que a atuação do Executivo se submete ao cumprimento das condições especificadas pela lei, a par de observar os limites nela fixados.

Em suma, os contribuintes possuem o direito de ver a atividade fazendária amarrada à lei, que, inclusive, deve conferir-lhes adequados meios de defesa de seus direitos constitucionais. É assim que entende Carrazza (1998, p. 232):

Como consequência, o Fisco não pode, por decisão própria, isto

é, sem base legal, prejudicar ou beneficiar os contribuintes. Pelo contrário, deve lançar e arrecadar os tributos na forma da lei. Do mesmo modo, salvo quando expressamente autorizado pro ela, está proibido de renunciar aos créditos tributários ou transacionar sobre os regularmente nascidos.

A lei deve indicar de modo rigoroso a realidade a tributar, fazendo assim uma precisa, taxativa e exaustiva tipificação dos fatos necessários e suficientes ao “nascimento” do tributo. Por este princípio, as autoridades fazendárias têm o dever de lançar e arrecadar os tributos somente na medida e nos casos previstos nas leis e, apenas à lei está reservado interferir na liberdade, na propriedade e nos demais direitos dos contribuintes, bem como impor deveres, exigir um fazer concreto, ainda assim nos termos em que a Constituição permitir.

Existia na doutrina e na jurisprudência, o debate sobre o cabimento da utilização da medida provisória como instrumento de criação ou majoração de tributos. A medida provisória é um instrumento normativo, que tem por finalidade criar com celeridade uma regra jurídica dentro do ordenamento – ou regras – em casos que estejam presentes os requisitos da urgência e relevância, conceitos, sem dúvida nenhuma, de caráter indeterminado, de formulação abstrata, que o Juiz deve

proceder à sua interpretação diante do caso concreto, podendo assumir, portanto, diversos significados.

Por conseguinte, um dos problemas cruciais para que se determinasse a possibilidade de instituição de regras tributárias através de medida provisória decorria da problemática conceituação de relevância e urgência em matéria tributária.

Hoje, com o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, foi estabelecida a seguinte regra, prevista no art. 62, §2º da CF; “medida provisória que não implique instituição e majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeito no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o dia em que foi editada”.

Destaque-se que a restrição relativa à necessidade de conversão em lei no exercício da edição da medida provisória aplica-se exclusivamente aos impostos; no tocante às demais espécies tributárias, a regra da anterioridade deve ser observada, tomando como referência a data da publicação da medida provisória e não de sua conversão em lei.

Há outra restrição constitucional à utilização de medida provisória em matéria tributária; a regulação de matérias cujo conteúdo esteja reservado à lei complementar. Portanto, a Emenda Constitucional nº

32/2001 contrariou renomada doutrina, mas não alterou o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, que exigia a observância do princípio da anterioridade.

Não cumprir os requisitos de relevância e urgência necessários à edição de uma medida provisória, o legislador, ao regular matéria tributária por este instrumento legislativo, estará editando uma regra eivada de inconstitucionalidade. O legislador possui os instrumentos necessários para aprovar uma lei com caráter de urgência, dentro do prazo máximo de 45 dias, não justificando, portanto, a utilização do processo legislativo de forma equivocada e através de medida provisória.

1.2 Princípio da Anterioridade

Este princípio determina que os tributos sejam instituídos ou aumentados no ano anterior ao que será exigido, vedando à União, Estados, Distrito Federal e Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro.

A lei fiscal deve ser anterior ao exercício financeiro em que o Estado arrecada o tributo. Assim, o aludido princípio existe para proteger o contribuinte, não impedindo mudanças que diminuam a carga tributária ou que não tenham qualquer impacto sobre ela.

Carvalho (1999, p. 159) o conceitua

da seguinte forma:

Segundo o princípio da anterioridade, a vigência da lei que institui ou aumenta tributo deve ficar protraída para o ano seguinte ao de sua publicação, momento em que o ato se insere no contexto comunicacional do direito.

Desse modo, os contribuintes podem fazer o planejamento anual de suas atividades econômicas, sem a insegurança e a incerteza da instituição do tributo.

A Emenda Constitucional 42/2003, acrescentou ao artigo 150, inciso III da Constituição a alínea *c*, instituindo, para os tributos em geral, a exigência de aguardar-se um período de noventa dias entre a publicação da lei que crie ou aumente tributos e a produção de seus efeitos.

Nesse sentido, temos o entendimento de Amaro (2006, p. 121), que assim discorre:

A Constituição exige [...] que a lei que crie ou aumente tributo seja anterior ao exercício financeiro em que o tributo será cobrado e, ademais, que se observe a antecedência mínima de noventa dias entre a data de publicação da lei que o instituiu ou aumentou e a data em que passa a aplicar-se.

Assim, atualmente, com o fito de conferir maior efetividade ao princípio da não-surpresa, garantia individual do contribuinte, os tributos em geral, observadas as exceções

estabelecidas pela própria Constituição Federal, estão sujeitos, cumulativamente, ao princípio da anterioridade do exercício financeiro e à exigência de noventena entre a instituição ou aumento do tributo e sua cobrança.

O art. 104 do Código Tributário Nacional explicitou o conteúdo do referido princípio, ao dizer que ele abrange tanto a instituição e a majoração de tributos bem como a definição de novas hipóteses de incidência, que equivale à instituição de tributo, e também à extinção e à redução de isenções, que equivalem, respectivamente, à criação ou ao aumento de tributo.

Amaro (2006, p. 133) verifica que “este conteúdo descrito pelo Código Tributário Nacional está correto; trata-se dos vários modos pelos quais pode manifestar-se a instituição ou majoração de tributos”. Diz ainda que “é descabido afirmar que o Código teria inovado o preceito constitucional, ampliando-o”.

É importante verificar que, por trás desse princípio, encontramos o princípio da segurança jurídica, pois o princípio da anterioridade visa evitar surpresas para o contribuinte, com a instituição ou a majoração de tributos, no curso do exercício financeiro. Carrazza (1998, p. 170) vê da seguinte maneira:

Portanto, o princípio da anterioridade só é obedecido se

e enquanto se aceitar que o fato imponível deve necessariamente ocorrer pelo menos no exercício seguinte àquele em que o tributo foi instituído ou aumentado.

Razão pela qual podemos dizer que este princípio refere-se à eficácia das leis tributárias, e não à sua vigência ou validade, pois por força deste princípio a lei que cria ou aumenta um tributo, ao entrar em vigor, tem seus efeitos diferidos para o próximo exercício financeiro.

Também deve-se dar atenção para o fato de que não se confunde com a anualidade, segundo a qual a cobrança de tributos depende de autorização anual do Poder Legislativo, prevista no orçamento. Essa anualidade não existe no Brasil.

A própria Constituição, no corpo de suas disposições, estabelece as exceções ao princípio da não-surpresa tributária, tornando possível a cobrança de tributos como os impostos extraordinários de guerra, os empréstimos compulsórios por motivo de guerra ou em razão de calamidade pública, dada a urgência da situação a exigir imediatos recursos e a concessão emitida ao poder executivo para alterar as alíquotas – dentro dos limites impostos pela lei – do imposto de importação e exportação, imposto sobre produtos industrializados, imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguros, títulos e valores mobiliários. Nas palavras de

Amaro (2006, p. 125):

Entre as exceções, temos tributos que, por atenderem certos objetivos extrafiscais (política monetária, política de comércio exterior), necessitam de maior flexibilidade e demandam rápidas alterações.

Em regra, as contribuições devem obediência ao princípio da anterioridade, excetuam-se as de seguridade social, pois, de acordo com o art. 195 §6º da Constituição Federal, se submetem apenas à anterioridade “nonagesimal”.

1.3 Princípio da Irretroatividade

Este princípio está previsto no inciso III, alínea *a* do art. 150 da Constituição Federal, o qual dispõe o seguinte:

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

[...]

III - cobrar tributos:

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

[...].

É certa a clareza do enunciado descrito no referido artigo, tendo em vista que é um reforço ao que está previsto no art. 5º, XXXVI da própria Constituição, o qual já havia incluído o princípio da irretroatividade.

A inclusão deste princípio no art. 5º da Carta Magna tem por função estender seus efeitos a todo o ordenamento jurídico nacional.

Esse dispositivo indica que a lei não pode retroagir, isto é, aplica-se apenas aos fatos futuros à entrada em vigor da lei de tributação. Carrazza (1998, p. 314). nos explica da seguinte forma:

Melhor explicando, a lei em vigor à época da ocorrência do fato imponível (acontecimento do mundo fenomênico que coincide com o fato descrito na hipótese de incidência tributária) é que há de ser aplicada.

Esta regra é absoluta, sendo assim, ao contrário do que ocorre com as leis penais que beneficiam o infrator, as quais sempre retroagem, as leis tributárias benéficas seguem a regra geral; não retroagirem.

Há quem entenda que a lei tributária interpretativa retroage até a data da entrada em vigor da lei tributária interpretada, entretanto, no rigor dos princípios, não existem leis interpretativas. A interpretação fica a cargo dos aplicadores da lei, basicamente ao Poder Judiciário.

Carrazza (1998, p. 316) entende que existe uma possibilidade de a nova lei tributária retroagir somente nos casos de “corrigir situação de inconstitucionalidade, desde que, ao fazê-lo, não agrave a situação do contribuinte, ferindo o direito adquirido,

o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada”

Em suma, a lei tributária que eleger fato passado como suporte para incidência de tributos, antes não exigível, é inconstitucional por ferir o princípio da irretroatividade da lei criadora ou majoradora do tributo.

1.4 Princípio da Capacidade Contributiva

O princípio da capacidade contributiva está previsto no artigo 145, §1º, da Constituição Federal, enunciando que:

Art. 150 - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais me nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Este princípio tem como propósito a determinação de um nível ideal de tributação, que permita ao Estado garantir suas necessidades de natureza econômica, sem impossibilitar a subsistência dos contribuintes, exaurindo-lhes recursos além do devido. Podemos entender então que “onde não houver riqueza, inútil é instituir imposto” (AMARO, 2006, p. 143).

Este princípio não quer preservar

apenas a eficácia da lei de incidência, mas também o contribuinte, buscando evitar uma tributação excessiva que comprometa os seus meios de subsistência ou o livre exercício de sua profissão, ou a livre exploração de sua empresa, ou o exercício de outros direitos fundamentais, já que tudo isso reflete em sua capacidade econômica. Logo, a Constituição prevê que “sempre que possível” o imposto deve levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte.

MACHADO (2004) e MARTINS (1993) sustentam que a ressalva “sempre que possível” se aplica somente para a personalização, a pretexto de que, caso não seja dessa forma, o princípio da capacidade contributiva ficaria anulado. No entanto, Amaro (2006, p. 139) discorda desse posicionamento analisando da seguinte forma:

Em primeiro lugar, não se pode ler, no preceito constitucional, a afirmação de que os impostos devem observar a capacidade econômica, mesmo quando isso seja impossível. Nessa perspectiva, seria até dispensável a ressalva; mas a possibilidade referida no texto abre campo precisamente para a conjugação com outras técnicas tributárias (como a extrafiscalidade), que precisam ser utilizadas em harmonia com o princípio ali instituído.

Nos ensinamentos de Ichihara (2004, p. 64), temos que:

Este princípio, além de ser ingrediente fundamental na implementação do princípio da isonomia ou da igualdade, aparece como instrumento de realização da justiça fiscal, que acabará por desembocar na realização de justiça social.

Nesse sentido, entende-se que esse texto constitucional obriga o legislador a graduar na instituição do imposto, levando em consideração a capacidade contributiva do contribuinte, isto é, “sendo possível, o legislador tem o dever legal de graduar o peso da tributação, segundo a capacidade contributiva do contribuinte eleito” (ICHIHARA, 2004, p. 62).

Existe uma questão delicada em saber se, tendo a Constituição consagrado expressamente o princípio da capacidade contributiva, a lei que concede isenção de tributo fere, ou não, tal princípio.

Em se tratando de imposto cujo fato gerador não seja necessariamente um indicador de capacidade contributiva do contribuinte, a lei que concede isenção certamente não será inconstitucional, visto que não fere o princípio. Todavia, tratando-se de imposto sobre o patrimônio, ou sobre a renda, cujo contribuinte seja precisamente aquele que se revela possuidor de riqueza, ou de renda, a isenção lesa o dispositivo constitucional referente ao princípio em

questão.

É certo que nossa Constituição contém regras no sentido de que o desenvolvimento econômico e social deve ser estimulado e, especificamente no sentido de que a lei poderá, em relação à empresa de pequeno porte constituída sob as leis brasileiras, e que tenham sua sede e administração no País, conceder tratamento favorecido.

Não parece, entretanto, que sejam tais disposições capazes de validar regra isentiva de imposto de renda, a não ser que se trate de situações em que a isenção realize o princípio da capacidade contributiva, como acontece com a concedida às microempresas. Isenção de imposto de renda a empresa industrial, a pretexto de incrementar o desenvolvimento regional, sem qualquer consideração ao montante do lucro auferido, constitui evidente violação do princípio da capacidade contributiva, especialmente se concedida por prazo muito longo, como acontece com certas empresas no Nordeste, favorecidas com isenção ou redução do imposto de renda há cerca de vinte e cinco anos.

Por conseguinte, o princípio da capacidade contributiva contribui como forma de buscar uma melhor distribuição da renda e diminuir a desigualdade social, visto que busca tributar com maior ônus o

detentor de maior capacidade contributiva ou econômica.

1.5 Princípio da Liberdade de Tráfego

Verifica-se no art. 150, inciso V da Constituição, uma vedação, ou proibição, de que se estabeleçam limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvadas a cobrança de pedágios para utilização de vias conservadas pelo Poder Público. Machado (2004, p. 55) esclarece que a regra não impede a cobrança de impostos sobre a circulação em operações interestaduais ou intermunicipais, pois “o que ela proíbe é a instituição de tributo em cuja hipótese de incidência seja elemento essencial a transposição de fronteira interestadual ou intermunicipal”.

Os tributos não podem ser utilizados como limitadores do tráfego de pessoas ou coisas dentro do território nacional, haja vista que o Brasil é uma federação, onde não é possível a existência de barreiras alfandegárias.

Segundo Amaro (2006, p. 135), o que a Constituição veda é o tributo que onere o tráfego interestadual ou intermunicipal de pessoas ou de bens; o gravame tributário seria uma forma de limitar esse tráfego. Amaro (2006, p. 146) analisa da seguinte forma:

O que está em causa é a liberdade

de locomoção (de bens ou pessoas), mais do que a não-discriminação de bens ou pessoas, a pretexto de irem para outra localidade ou de lá virem; ademais, prestigiam-se a liberdade de comércio e o princípio federativo.

Essa limitação ao poder de tributar decorre e, de certa forma, demonstra o princípio federativo, tendo em vista que não configura propriamente uma imunidade, mas estabelece apenas parâmetros para a atividade tributária, isto é, define circunstâncias que podem torná-la inconstitucional. Nesse sentido, temos o entendimento de Hugo de Brito Machado (2004, p. 52), o qual explica que conforme o inciso V, do art. 150, “a circunstância que pode tornar um tributo inconstitucional é a *interesta-dualidade*, se tomada como essencial para o nascimento do dever jurídico de pagar o tributo, ou como critério para seu agravamento”.

É importante frisar que esse princípio não tem nada a ver com o tráfego internacional, mas somente com o interestadual ou intermunicipal. Todavia, esse princípio convive com o imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), tributo que sofreu especial cuidado da Constituição com relação

às operações interestaduais.

1.6 Princípio da Isonomia Tributária

O art. 150, inciso II, da Constituição Federal, que explica o princípio da isonomia tributária, vem redigido da seguinte forma:

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

[...].

II – Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

É certo de que esse princípio ampara-se na idéia de igualdade, conforme disposto no art. 5º, I, da Constituição, onde é expresso que “todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza[...]”; todavia, importa ressaltar que essa igualdade não é uma igualdade de fato, mas sim igualdade jurídica, no sentido de que consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.

Destaca-se o conceito de Machado (2004, p. 52), que consiste na ideia de que:

O princípio da igualdade é a projeção, na área tributária, do princípio geral da isonomia

jurídica, ou princípio pelo qual todos são iguais perante a lei. Apresenta-se aqui como garantia de tratamento uniforme, pela entidade tributante, de quantos se encontrem em condições iguais. Como manifestação desse princípio temos, em nossa Constituição, a regra da uniformidade dos tributos federais em todo o território nacional.

Nesse sentido, entende-se que aquele que tem maior capacidade contributiva deve pagar imposto maior, pois só assim estará sendo *igualmente* tributado. No entendimento de Ichihara (2004, p. 62) temos que

Na realidade, em matéria tributária, o princípio da isonomia é dirigido ao legislador, no sentido de evitar normas que quebrem esse princípio. Na Constituição de 1988, a isonomia aparece como superprincípio, já previsto no preâmbulo, no art. 5º *caput*, II, e art. 150, II, da Constituição.

Assim, verifica-se que não pode o aplicador, diante da lei, discriminar, nem mesmo o autoriza o legislador, ao ditar a lei, fazer discriminações, pois o princípio visa à garantia do indivíduo, evitando perseguições e favoritismos. Amaro (2006, p. 136) assim discorre

A questão da isonomia, em síntese, não se resolve apenas com a afirmação de que, dada a norma legal, como comando abstrato e hipotético, todas as situações

concretas correspondentes à hipótese legal devem ser submetidas à lei, e as situações excepcionadas pela lei devem ser excluídas. Há de examinar-se se o legislador discriminou onde isso lhe era vedado, ou se deixou de dessemelhar onde lhe era obrigatório fazê-lo. Em ambas as hipóteses, a isonomia terá sido ferida, além de, possivelmente, ter-se agredido a capacidade contributiva.

Por fim, cabe salientar que a igualdade é uma garantia do indivíduo e não do Estado.

1.7 Princípio da Vedação do Confisco

É o princípio segundo o qual é proibido o confisco no âmbito tributário, previsto no art. 150, IV da Constituição Federal.

É claro que os tributos, de forma mais intensa os impostos, traduzem transferências não voluntárias de recursos do indivíduo para o Estado. Desde que a tributação seja efetivada nos termos constitucionais, a transferência de riqueza do contribuinte para o Estado é legítima e não confiscatória.

Luciano Amaro (2006, p. 121) entende que “o que se objetiva é evitar que, por meio de tributo, o Estado anule a riqueza privada”. Conquanto Carvalho (1999, p. 165) assim reflete:

Intrincado e embaraçoso, o

objeto da regulação do referido art. 150, IV, da CF, acaba por oferecer unicamente um rumo axiológico, ténue e confuso, cuja nota principal; repousa na simples advertência ao legislador dos tributos, no sentido de comunicar-lhes que existe limite para a carga tributária. Somente isso.

Para Machado (2004, p. 54) temos que:

A vedação do confisco é atinente ao tributo. Não à penalidade pecuniária, vale dizer, à multa. O regime jurídico do tributo não se aplica à multa, porque tributo e multa são essencialmente distintos. O ilícito é pressuposto essencial desta, e não daquele. No plano estritamente jurídico, ou plano da Ciência do Direito, em sentido estrito, a multa distingue-se do tributo porque em sua hipótese de incidência a ilicitude é essencial, enquanto a hipótese de incidência do tributo é sempre algo lícito. Em outras palavras, a multa é necessariamente uma sanção de ato ilícito, e o tributo, pelo contrário, não constitui sanção de ato ilícito.

Por constituir receita ordinária, o tributo deve ser um ônus suportável, um encargo que o contribuinte pode pagar sem sacrifício do desfrute normal dos bens da vida e por isso não pode ter caráter confiscatório.

Dessa forma, a problemática está em

saber até onde pode avançar o tributo sobre o patrimônio do indivíduo, sem configurar confisco. Amaro (2006, p. 145) assim discorre sobre o tema:

O princípio da vedação de tributo confiscatório não é um preceito matemático; é um critério informador da atividade do legislador e é, além disso, preceito dirigido ao intérprete e ao julgador, que, à vista das características da situação concreta, verificarão se determinado tributo invade ou não o território do confisco.

É certo que a exação fiscal deve limitar-se a um percentual ou parte da riqueza produzida pelo contribuinte, e não confiscar toda a renda ou patrimônio, pois isso desvirtua a natureza do tributo. Até mesmo na progressão da alíquota do IPTU, esta não poderá chegar aos limites do confisco. O mesmo se aplica em relação à tributação pelo ITR incidente sobre terras improdutivas, através de alíquota elevada, que pode importar na perda da terra num determinado período de tempo, portanto, não resta dúvidas de que tal tributação caracteriza caráter confiscatório.

1.8 Princípio da Generalidade, Progressividade e Uniformidade Sobre a Renda

Dispõe a Constituição em seu art.153, § 2º que:

Art.153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...).

III - renda e proventos de qualquer natureza;

(...).

§ 2º. O imposto previsto no inciso III:

I – será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade.

A progressividade está contemplada no fato de que, na medida em que se eleva a quantidade ou o valor do objeto tributado, a sua alíquota cresce. Cumpre afirmar que a progressividade dos tributos é a única fórmula que permite a manutenção da pessoalidade dos impostos, sendo este também essencial para a aferição da capacidade contributiva dos sujeitos passivos da relação tributária.

Segundo o princípio da universalidade, a lei que instituir o imposto de renda deve abarcar todos os rendimentos provenientes de atividades lucrativas para fins de cálculo do mesmo, enquanto para o princípio da generalidade, devem ser tributadas todas as pessoas que auferirem renda, excetuando-se, logicamente, as imunidades e as isenções concedidas legalmente.

1.9 Princípio da Não-Cumulatividade

A Constituição veda a cobrança de impostos que sejam cumulativos ou

que tenham a mesma base de cálculo ou fato gerador de imposto previstos na Constituição.

De acordo com esse princípio, o valor tributário realmente devido é aquele que resulta da compensação entre os tributos incidentes nas operações/serviços praticados pelo contribuinte, com as anteriores aquisições de bens e serviços, num determinado período. Carvalho (1999, p.168). assim o vê

O princípio da não cumulatividade é do tipo limite objetivo: impõe técnica segundo a qual o valor de tributo devido em cada operação será compensado com a quantia incidente sobre as anteriores, mas preordena-se à concretização de valores como o da justiça da tributação, respeito à capacidade contributiva e uniformidade na distribuição da carga tributária sobre as etapas de circulação e de industrialização de produtos.

Este princípio tem por função coibir o que se entende por bi-tributação, fato inclusive que, quando da implantação da CPMF causou alvoroço na doutrina, que entendia ser o fato gerador deste imposto idêntico ao do IOF incidindo, portanto, em vício de inconstitucionalidade.

1.10 Princípio da Uniformidade de Tributação

A uniformidade de tributação é o

princípio previsto pela Constituição Federal, no art. 153, incisos I, II e III.

art. 153 – Compete à União instituir impostos sobre:

I – importação de produtos estrangeiros;

II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III – renda e proventos de qualquer natureza

[...].

Em primeiro lugar, considera-se vedado à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional, que implique na distinção ou preferência de um ou outro Estado ou Município em prejuízo do outro. Todavia, isso não se aplica aos incentivos fiscais, que é a política amplamente empregada para o desenvolvimento de algumas regiões.

O mesmo se aplica em relação ao disposto no art. 152 da Constituição, que tributa veículos importados com alíquota maior de IPVA, sem agressão ao princípio da uniformidade. Portanto, qualquer benefício fiscal de tributo federal que se restrinja a região determinada do território nacional deverá ter a finalidade de promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico.

Ichihara explica que a introdução deste princípio constitucional visa evitar uma guerra fiscal entre Estados ou entre

Municípios que poderia resultar em um tratamento desigual aos seus habitantes. Nos ensinamentos de Carvalho (1999, p. 166) temos o seguinte:

Colocando em termos afirmativos, se traduz na determinação imperativa de que os tributos instituídos pela União sejam uniformes em todo o território nacional. É fácil ver, nas suas dobras, mais uma confirmação do postulado federativo e da autonomia dos Municípios, posto que o constituinte vedou a eventualidade de qualquer distinção ou preferência relativamente a um Estado, a um Município ou ao Distrito Federal, em prejuízo dos demais.

Para Luciano Amaro (2006, p. 138), “o princípio da uniformidade é uma expressão particularizada do princípio da igualdade, em certas situações conectadas ora com tributos federais, ora com tributos estaduais e municipais”. Em seu entendimento, o preceito previsto no art. 151, inciso III da Constituição é ocioso, visto que a não intervenção do Estado em outro ente político já está prevista como conduta proibida sem que exista expressa autorização constitucional, e que, “embora os Estados não estejam expressamente proibidos de dar isenção de tributo municipal nem por isso podem fazê-lo”.

É importante saber que existem

diferenças entre os princípios da igualdade e uniformidade. No primeiro, a diferenciação proibida é relacionada à pessoa humana, conquanto que no princípio da uniformidade, concentra-se no objeto ou coisa e na localização do sujeito passivo.

1.11 Princípio da Competência

O princípio da competência é aquele pelo qual a entidade tributante há de restringir sua atividade tributacional àquela matéria que lhe foi constitucionalmente destinada. Já sabemos que a competência tributária é o poder impositivo juridicamente delimitado, e, sendo o caso, dividido. Machado (2004, p. 52) assim conceitua

O princípio da competência obriga a que cada entidade tributante se comporte nos limites da parcela de poder impositivo que lhe foi atribuída. Temos um sistema tributário rígido, no qual as entidades dotadas de competência tributária têm, definido pela Constituição, o âmbito de cada tributo, vale dizer, a matéria de fato que pode ser tributada.

A competência tributária não pode ser delegada, ou seja, a competência recebida pelo constituinte não pode ser transferida, seja a que título for, como está expresso no art 7º do Código Tributário Nacional.

art 7º - A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar

leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra.

Carvalho (1999, p. 168). sintetiza da seguinte forma

Dois pontos devem ser anotados: a) a proibição não atinge a transferência da titularidade para ser sujeito ativo de obrigações tributárias, isto é, torna-se possível que a pessoa credenciada a exercer competência tributária, depois de fazê-lo, indique outra pessoa como titular da capacidade ativa; e b) ainda que o Código Tributário Nacional veicule disposição explícita, adotando o cânone da indelegabilidade, não perde ele sua magnitude de princípio constitucional tributário, e o faz integrando o subconjunto dos princípios implícitos.

Portanto, deve-se ter claro em mente que transferir capacidade ativa não é transferir competência tributária.

2 IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGURO E SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS A TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS – IOF

O Imposto Sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e Sobre Operações

Relativas a Títulos e Valores Mobiliários, foi instituído pela Lei n.º 5.143 de 20 de outubro de 1966, e é popularmente conhecido como IOF, denominação dada em virtude de as operações sujeitas à tributação possuírem, sem sombra de dúvidas, natureza financeira.

Sendo de competência impositiva da União, não constitui tributo que demanda recursos orçamentários, mas instrumento hábil controlador do mercado financeiro e cambiário nacional.

O imposto possibilita à União intervir no funcionamento do mercado financeiro, aquecendo-o ou esfriando-o, de acordo com a necessidade. Se, a título de exemplo, o excesso de demanda gerar um surto inflacionário, uma das alternativas viáveis é o aumento da alíquota do IOF incidente sobre as operações de crédito. O acesso a financiamentos se tornará mais oneroso e a tendência passa a ser a desaceleração do consumo, conforme desejado nas circunstâncias.

O IOF tem função predominantemente extrafiscal, pois, como já foi dito, é um instrumento de manipulação da política de crédito, de câmbio e de seguro, assim como de títulos e de valores mobiliários.

Para esclarecer o que vem a ser extrafiscalidade e fins fiscais e extrafiscais de tributação, temos que a cobrança de tributos

pelo poder público tem, originariamente, o intuito de criar receitas que irão financiar o exercício das atividades que lhe digam respeito. Assim, quando o Estado retira ao cidadão uma parcela de sua capacidade financeira, através da imposição tributária, está provendo-se de recursos suficientes para arcar com as despesas que deve executar.

Sempre que isso acontece, o Estado, produzindo receitas para a consecução de seus objetivos, diz-se que o tributo visa ao atendimento de fins fiscais, isto é, ele é o instrumento responsável pela produção de receitas.

Entretanto, hoje, existe a possibilidade de um tributo atender a outros fins, que não este, desde que aplicado racionalmente, quando passa a servir como regulador de determinadas situações que, de outra forma, poderia ser proibida ou incentivada pelo poder público. Dessa forma, sempre que o poder público buscar regular certa situação ou atividade através da imposição tributária, estará exercitando a extrafiscalidade da tributação. O tributo, então, terá caráter predominantemente extrafiscal, deixando sua função fiscal subsidiária.

O art 63 do CTN, dispõe acerca das hipóteses de incidência desse imposto, seja no momento da efetivação de uma operação de crédito, pela entrega total ou parcial do

montante ou do valor que constitua objeto da obrigação ou por sua colocação à disposição do interessado; também quando há efetivação de uma operação de câmbio pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, de documento que a represente ou sua colocação à disposição do interessado (em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional) ou, então, quando posta à disposição por este. Existe, ainda, a possibilidade de consistir em hipótese de incidência a emissão, transmissão, pagamento ou resgate de títulos e valores mobiliários, da forma da lei aplicável. No entendimento de Hugo de Brito Machado (2004, p. 51), temos que “operação de crédito, quando o operador se obriga a prestação futura, concernente ao objeto do negócio que se funda apenas na confiança que a solvabilidade do devedor inspira, ou então quando alguém efetua uma prestação presente, contra promessa de uma prestação futura. Está sempre presente no conceito de operação de crédito a idéia de troca de bens presentes por bens futuros, daí por que se diz que o crédito tem dois elementos essenciais, a saber, a confiança e o tempo.” Materialmente, operações de crédito significam: a) operações de empréstimo; b) operações de abertura de crédito e sua utilização; e c) operações de desconto de títulos de crédito.

Operação de câmbio é a troca de moedas, não de uma moeda que se extingue

ou de outra que se cria ou restabelece, mas de uma moeda por outra, ambas com existência e valor atuais. Por operação de seguro podemos entender como sendo um contrato pelo qual se garante algo contra o risco de eventual dano. Este conceito é bem definido no Direito brasileiro e ainda não tem criado divergências no campo tributário.

Por fim, 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 com os papéis relativos a financiamentos.

O próprio Código Tributário é bem claro na definição das bases de cálculo do imposto, sendo importante ressaltar que a vigente Constituição Federal permite que o Poder Executivo altere apenas as alíquotas do imposto, nada podendo fazer com relação à sua base de cálculo.

Essa alteração de alíquotas está prevista no art. 65 do CTN e configura exceção aos princípios da anterioridade e legalidade, isto é, as alíquotas deste imposto podem ser alteradas mediante norma editada pelo Poder Executivo, atendidas as condições e limites fixadas em lei e, os aumentos que porventura são decorrentes da

elevação de alíquotas, por norma infralegal, assim como aqueles decorrentes de lei que estabeleça novas hipóteses de incidência ou novas bases de cálculo, podem ser exigidos no mesmo exercício em que ocorrerem tais alterações, por isso diz-se que este é um imposto extrafiscal.

3 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO IOF ADICIONAL

No mês de janeiro de 2008, o Governo Federal, por meio dos Decretos 6.339, de 03.01.2008 e 6.345, de 04.01.2008, elevou as alíquotas do IOF, de modo geral, em 0,38%, além de ter instituído um adicional de idêntico percentual em todas as operações abrangidas pelo IOF, incidindo inclusive sobre aquelas tributadas pela alíquota zero.

A assinatura dos dois decretos teve por objetivo, compensar as perdas de recursos que deixaram de ser arrecadados pela União com o fim da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira, a CPMF. A não-prorrogação da CPMF fez com que os cofres do governo deixassem de arrecadar cerca de R\$ 40 bilhões ao ano. Ao ser impugnado sobre o assunto, o Ministro da Fazenda sustentou que a medida “É uma compensação modesta de uma grande perda”, referindo-se ao fato de que o Governo Federal deixará de arrecadar cerca R\$40 bilhões por ano.

Desse modo, o Decreto nº 6.339/2008 impõe modificações ao Regulamento do IOF, ou seja, a majoração da alíquota reduzida incidente para operações de crédito, nas hipóteses em que o mutuário for pessoa física, para 0,0082%, mantendo, nos casos de operação em que o mutuário for pessoa jurídica, a alíquota em 0,0041%, como também estabeleceu, ainda sobre as operações de crédito, nova incidência de IOF mediante “alíquota adicional” de 0,38% incidente independentemente do mutuário. É importante frisar que o conceito de mutuário aqui é em sentido lato; no caso, o sujeito ativo do contrato de mútuo.

Além disso, o referido Decreto submeteu as operações a que se referem os incisos I, II, III, IV, V, VI, IX, X, XI, XII, XIV, XVI, XVII, XVIII, XIX e XXI, do art. 8º, do Decreto nº 6.306/2007, à nova incidência de IOF mediante “alíquota adicional” de 0,38%, mantendo, porém, a outra incidência sob alíquota de 0%.

Art. 8º A alíquota é reduzida a zero na operação de crédito:

I - em que figure como tomadora cooperativa, observado o disposto no art. 45, inciso I;

II - realizada entre cooperativa de crédito e seus associados;

III - à exportação, bem como de amparo à produção ou estímulo à exportação;

IV - rural, destinada a investimento, custeio e comercialização, observado o disposto no § 1º;

V - realizada por caixa econômica, sob garantia de penhor civil de jóias, de pedras preciosas e de outros objetos;

VI - realizada por instituição financeira, referente a repasse de recursos do Tesouro Nacional destinados a financiamento de abastecimento e formação de estoques reguladores;

VII - realizada entre instituição financeira e outra instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, desde que a operação seja permitida pela legislação vigente;

VIII - em que o tomador seja estudante, realizada por meio do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - FIES, de que trata a Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001;

IX - efetuada com recursos da Agência Especial de Financiamento Industrial - FINAME;

X - realizada ao amparo da Política de Garantia de Preços Mínimos - Empréstimos do Governo Federal - EGF;

XI - relativa a empréstimo de título público, quando esse permanecer custodiado no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, e servir de garantia prestada a terceiro na execução de serviços e obras públicas;

XII - efetuada pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES ou por seus agentes financeiros, com recursos daquele banco ou de fundos por ele administrados, ou por intermédio da empresa pública Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP;

(Redação dada pelo Decreto nº 6.453, de 2008).

XIII - relativa a adiantamento de salário concedido por pessoa jurídica aos seus empregados, para desconto em folha de pagamento ou qualquer outra forma de reembolso;

XIV - relativa a transferência de bens objeto de alienação fiduciária, com sub-rogação de terceiro nos direitos e obrigações do devedor, desde que mantidas todas as condições financeiras do contrato original;

XV - realizada por instituição financeira na qualidade de gestora, mandatária, ou agente de fundo ou programa do Governo Federal, Estadual, do Distrito Federal ou Municipal, instituído por lei, cuja aplicação do recurso tenha finalidade específica;

XVI - relativa a adiantamento sobre o valor de resgate de apólice de seguro de vida individual e de título de capitalização;

XVII - relativa a adiantamento de contrato de câmbio de exportação;

XVIII - relativa a aquisição de ações ou de participação em empresa, no âmbito do Programa Nacional de Desestatização;

XIX - resultante de repasse de recursos de fundo ou programa do Governo Federal vinculado à emissão pública de valores mobiliários;

XX - relativa a devolução antecipada do IOF indevidamente cobrado e recolhido pelo responsável, enquanto aguarda a restituição pleiteada, e desde que

não haja cobrança de encargos remuneratórios;

XXI - realizada por agente financeiro com recursos oriundos de programas federais, estaduais ou municipais, instituídos com a finalidade de implementar programas de geração de emprego e renda, nos termos previstos no art. 12 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998;

XXII - relativa a adiantamento concedido sobre cheque em depósito, remetido à compensação nos prazos e condições fixados pelo Banco Central do Brasil;

XXIV - realizada por instituição financeira, com recursos do Tesouro Nacional, destinada ao financiamento de estocagem de álcool etílico combustível, na forma regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional;

XXV - realizada por uma instituição financeira para cobertura de saldo devedor em outra instituição financeira, até o montante do valor portado e desde que não haja substituição do devedor.

§ 1º No caso de operação de comercialização, na modalidade de desconto de nota promissória rural ou duplicata rural, a alíquota zero é aplicável somente quando o título for emitido em decorrência de venda de produção própria.

§ 2º O disposto no inciso XXV não se aplica nas hipóteses de prorrogação, renovação, novação, composição, consolidação, confissão de dívidas e negócios assemelhados, de operação de crédito em que haja ou não

substituição do devedor, ou de quaisquer outras alterações contratuais, exceto taxas, hipóteses em que o imposto complementar deverá ser cobrado à alíquota vigente na data da operação inicial.

§ 3º Quando houver desclassificação ou descaracterização, total ou parcial, de operação de crédito rural ou de adiantamento de contrato de câmbio, tributada à alíquota zero, o IOF será devido a partir da ocorrência do fato gerador e calculado à alíquota correspondente à operação, conforme previsto no art. 7º, incidente sobre o valor desclassificado ou descaracterizado, sem prejuízo do disposto no art. 54.

§ 4º Quando houver falta de comprovação ou descumprimento de condição, ou desvirtuamento da finalidade dos recursos, total ou parcial, de operação tributada à alíquota zero, o IOF será devido a partir da ocorrência do fato e gerador calculado à alíquota correspondente à operação, conforme previsto no art. 7º, acrescido de juros e multa de mora, sem prejuízo do disposto no art. 54, conforme o caso.

§ 5º Fica instituída, independentemente do prazo da operação, alíquota adicional de trinta e oito centésimos por cento do IOF incidente sobre o valor das operações de crédito de que tratam os incisos I, II, IV, V, VI, X, XI, XIV, XVI, XVIII, XIX e XXI. (Redação dada pelo Decreto nº 6.453, de 2008).

Tais modificações no regime de alíquotas de IOF foram realizadas com base em ato do Poder Executivo, o Decreto, de caráter normativo primário é autônomo, isto é, sem natureza regulamentar. Para isso, o Decreto encontra fundamento no art. 153, § 1º, da Constituição.

Art. 153 – Compete à União instituir imposto sobre:

I – importação de produtos estrangeiros;

II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

[...]

IV – produtos industrializados;

V – operações de crédito, câmbio, e seguro, ou relativas a títulos e 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.

O IOF, como já foi dito, possui caráter predominantemente extrafiscal, servindo de regulador na política monetária nacional. O fundamento da alteração dos valores das alíquotas se funda em motivos de política econômica, não podendo ser alterado indistintamente, sem que haja a demonstração aceitável das justificativas extrajurídicas que autorizaram sua majoração, sob pena de ocorrência de desvio de sua finalidade

e, portanto, nessas condições é ato ilícito que, no âmbito do direito público, não seria passível de operar efeitos jurídicos.

A criação da alíquota adicional teve uma repercussão negativa em todo o território nacional. O fundamento principal é que essa majoração é inconstitucional, dado o caráter extrafiscal do imposto, ou seja, o IOF não se presta como instrumento arrecadatório posto a alcance do Fisco, mas objetiva cadenciar a economia, de modo a permitir um equilíbrio nas relações econômico-cambiais.

Duas ADIn's foram impetradas, argumentado a inconstitucionalidade da alíquota adicional, tendo em vista que a alteração da alíquota do IOF deve ser fundamentada nos objetivos da política monetária e fiscal, não podendo funcionar como simples instrumento arrecadatório do Estado, como, por exemplo, suprir a perda dos lucros da CPMF.

Outro argumento utilizado é que a majoração da alíquota do IOF incidente sobre operações de crédito das pessoas físicas implica ofensa ao princípio da isonomia tributária, na medida em que está instituindo tratamento desigual ao estabelecer uma diferenciação entre a tributação das pessoas físicas e das jurídicas. Esse argumento, segundo os defensores da majoração, não pode ser aceito devido ao fato de que as pessoas físicas e jurídicas não possuem tal

equivalência, o que autoriza a cobrança de alíquotas diferenciadas, mesmo que seja injusto arrecadar mais de quem tem menos. Sobre isso, diga-se que o IOF é imposto não pessoal (real), cuja exigência dispensa a capacidade econômica do contribuinte.

Ainda contra a majoração do IOF, encontram-se alegações de que a nova alíquota mostra-se exagerada, caracterizando o confisco, o que é vedado pela Constituição Federal, em seu art. 150, IV, utilizando-se, a título de exemplo, que as alíquotas nas operações de seguro saúde foram elevadas em 0,38%, o que implicará, efetivamente, num encarecimento de tais operações e, como consequência, numa limitação ao acesso de muitos ao serviço de assistência à saúde.

Por fim, temos a alegação de que o adicional de alíquota de que trata o §15, do art. 7º, do Decreto nº. 6.306/07, com a redação que lhe foi dada pelo decreto nº. 6.339/08, caracteriza, em verdade, um novo imposto, que não poderia ser instituído por este diploma legal, nos termos em que prevê o art. nº. 154, I, da Carta Constitucional.

Art. 7º A base de cálculo e respectiva alíquota reduzida do IOF são:

[...]

§ 15. Sem prejuízo do disposto no caput, o IOF incide sobre as operações de crédito à alíquota adicional de trinta e oito centésimos por cento, independentemente do prazo da operação, seja o mutuário

pessoa física ou pessoa jurídica. (Incluído pelo Decreto nº 6.339, de 2008).

O contra-argumento é óbvio, pois não se trata de um novo imposto, mas de uma alteração de alíquotas por ato do Poder Executivo. Assim, uma vez atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, estaria dispensada a edição de lei complementar para tratar da matéria, que só é exigida ante as hipóteses previstas na Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir que o aumento das alíquotas do IOF deu-se em razão da não prorrogação da CPMF, Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras, tendo em vista que, em virtude da não prorrogação, o Governo Federal deixou de arrecadar cerca de R\$ 40 bilhões por ano. Dada essa prerrogativa como aumento, verifica-se que houve infração ao preceito constitucional, pois, tendo o IOF caráter extrafiscal, não pode sua alíquota ser majorada para com intuito de tornar o imposto como meio arrecadatório ocorrendo, dessa forma, o desvio de sua finalidade e sendo, portanto, ato ilícito do Poder Público.

Assim, apesar de termos assegurado na Constituição Federal que a União pode

alterar as alíquotas do IOF, esta deve obedecer a critérios pré-estabelecidos em lei e verificar a finalidade do imposto e, na elaboração e aprovação dos Decretos 6.339, de 03.01.2008 e 6.345, de 04.01.2008, essas regras não foram observadas, visto que conforme preceitua a própria Constituição e o Código Tributário Nacional, pelo princípio da legalidade, segundo o qual é vedado à União criar ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça, isto é, qualquer alteração deve ser imposta por meio de Lei, e não apenas por Decreto, como foi feito no caso aqui abordado.

O princípio da legalidade tributária provoca o entendimento de que, sem lei, nenhum tributo pode ser majorado ou instituído, ou seja, só é possível criar-se nova regra de incidência ou majorar-se a base de cálculo ou a alíquota através de lei regularmente instituída. Em outras palavras, qualquer ente político de direito constitucional interno somente poderá instituir tributos, isto é, descrever como será a incidência ou aumentar os existentes, mediante a expedição de lei.

Este princípio pode ser visto sob dois aspectos: o da legalidade formal e o da legalidade material. No campo da legalidade formal, temos que a regra tributária deve ser inserida no ordenamento jurídico obedecendo aos devidos trâmites instituídos

para sua criação e, quanto à legalidade em seu aspecto material, tratado pela doutrina como princípio da tipicidade tributária, impõe-se que a lei traga de maneira especificada os elementos que descrevem o fato jurídico e os elementos que prescrevem o conteúdo da relação obrigacional.

Nesse sentido, entende-se que, como existe a necessidade de que os tributos sejam criados por meio de lei, não é dispensável a existência de mecanismos revisores da legalidade destes mesmos tributos, seja na esfera judicial, seja na própria esfera administrativa, que contribuam para a segurança jurídica dos contribuintes.

Conclui-se, então, que a criação do IOF adicional ocorreu de forma equivocada, não obedecendo aos termos constitucionais, tendo como consequência um aumento na carga tributária brasileira que, diga-se de passagem, é a mais alta dentre todos os continentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BAGGIO, Roberta Camineiro **Federalismo no contexto da nova ordem global: perspectivas de (Re)formulação da federação brasileira**. Curitiba: Juruá, 2006.

BALEEIRO, Aliomar - **Direito Tributário**

-
- Brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de direito tributário**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CASTRO, Aldemario Araújo. **Primeiras Linhas de Direito Tributário**. 4ª. ed. 2008. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/tributario/inic4ed.pdf>>
- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- CELESTINO, João Batista. **Direito Tributário nas Escolas**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976.
- COIMBRA FILHO, Antônio da Silva. **A Inconstitucionalidade do Regime Especial de Fiscalização Face ao Procedimento Quanto ao ICMS**. Trabalho de conclusão de curso. (Graduação em Direito) – Universidade de Mogi das Cruzes, Mogi das Cruzes, 2008.
- GRAU, Roberto Eros. **O Imposto Sobre Operações Financeiras e o Mercado de Capitais**. In Estudos Econômicos Brasileiros. Edições APEC. Volume 6. 1970.
- HARADA, Kiyoshi. **Aumento do IOF. Insubstitência dos argumentos do governo federal perante o STF**. Disponível em: <<http://www.memes.com.br/jportal/portal.jsf?post=4325>>. Acesso em: 23 de maio 2008.
- ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito Tributário**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2001.
- LOBO, Rogério Leite. **Federalismo fiscal brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- LUCAS, Vander Mendes. **A Voracidade do “leão” federal**. 2008. Disponível em: <<http://www.secom.unb.br/artigos/artigo.php?id=53>>. Acesso em: 01 de setembro 2008.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**, v. II. São Paulo: Cejup, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2000.
- MOURA, Alkimar R. **Tributação no Mercado Financeiro e Inconsistência Temporal: O Caso Brasileiro**. Seminário ANBID. 2005.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do.
-

Comentários ao Código Tributário Nacional. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

NÓBREGA, Máilson da. **IOF, arbítrio e desenvolvimento.** Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/post.asp?cod_post=86624>. Acesso em: 13 de julho 2008.

PAIXÃO JUNIOR, Roberto da. **O aumento ilegal do IOF.** Disponível em: <<http://blogdoespacoaberto.blogspot.com/2008/01/aumento-legal-do-iof.html>>. Acesso em: 14 de setembro 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Júlio César Ballerini e SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. **A Tributação: O IOF, a CSLL, a Arrecadação, Política e Constituição Federal.** Espírito Santo do Pinhal: Vox Forensis, v. 1, n.1, 2008.

BRASIL. **Vade mecum universitário.** Coleção de códigos, notas remissivas e índices por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIEIRA, Maria Leonor Leite e FERREIRA, Olívia Tonello Mendes. **IOF – alterações promovidas pelo Decreto nº. 6.339/08.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=53249>. Acesso em: 21 de agosto 2008.

ZARATIM, Luisa Daniela. **Importância e Necessidade de Gestão de Impostos nas Organizações e o Papel da Controladoria e da Contabilidade nesta Atividade.** [S.l.: S.n., s.d.]. Disponível em: <<http://www.unimep.br>> . Acesso em: 04 de agosto de 2008.