

O IPMF é constitucional

OSWALDO OTHON DE P. SARAIVA FILHO

S U M Á R I O

1. Introdução. 2. A legitimidade da discriminação do novo imposto via emenda constitucional. 3. O IPMF e a não-aplicação do princípio da anterioridade. 4. A Constituição Federal de 1988 não restaurou o princípio da anualidade. 5. O IPMF e o princípio da imunidade. 6. O IPMF e o direito de propriedade. 7. O IPMF e o princípio de vedação de confisco. 8. Os princípios da isonomia e da vedação de discriminação arbitrária entre contribuintes. 9. O IPMF e o princípio da capacidade contributiva. 10. O IPMF e o princípio da irredutibilidade de salário ou de vencimentos. 11. A alegação de indevido *bis in idem*. 12. Conclusão.

1. *Introdução*

Imposto Provisório sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – IPMF, de que tratam a Emenda Constitucional n.º 3/93 e a Lei Complementar n.º 77/93, tem sido severamente hostilizado nos meios jurídicos, em face da concepção de que os preceptivos relacionados com o novo imposto teriam descurado vários princípios e preceitos da Constituição Federal de 1988, alguns deles considerados como intangíveis.

Ciente de que a ciência do Direito é capaz, apenas, de formular as possíveis interpretações das normas jurídicas, apresento modesto estudo sobre a juridicidade do controvertido imposto.

2. *A legitimidade de discriminação do novo imposto via emenda constitucional*

Proferidas essas palavras propedêuticas, impende, ainda, avivar a lição do mestre

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho é coordenador da Representação Judicial da Fazenda Nacional – Brasília.

Carlos Maximiliano (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 11.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, pp.157 e 159), no sentido de que "Não pode o direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica ... As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social".

Nesse mesmo diapasão, é o magistério de Pinto Ferreira, ao justificar a necessidade de emenda constitucional (in *Curso de Direito Constitucional*, 5.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 383): "As Constituições não são obras eternas e permanentes; têm ao contrário a necessidade de ajustamento e adaptação às novas condições sociais e históricas. Como disse Marx na sua *Crítica ao Programa de Gotha*, o direito é o produto do desenvolvimento econômico da civilização. A Constituição e o direito em geral dependem, pois, desse condicionamento econômico e sócio-cultural, que os penetra e modifica".

Parenteticamente, não é acaciano reavivar que milita em favor dos atos do Congresso e do Executivo a presunção de constitucionalidade ou o princípio da interpretação compatível, segundo o qual somente se deve declarar a inconstitucionalidade quando esta é evidente, fora de toda dúvida razoável, inexistindo interpretação compatível com a Constituição.

A Carta Magna de 1988 conferiu ao Congresso Nacional o poder de emendar a Constituição. Desse modo, atendidos os requisitos dos arts. 59, I, e 60, quanto à proposição, às vedações de deliberação tendente a abolir as chamadas cláusulas pétreas e ao *quorum* especial de três quintos de cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, o texto constitucional, indubitavelmente, pode ser emendado.

Os constituintes derivados optaram por autorizar a instituição do IPMF da forma como consta do art. 2.^o da Emenda n.^o 3, de 17 de março de 1993, sem alterar o texto constitucional original.

A este respeito, importa anotar que, no texto da Emenda Constitucional n.^o 3, de

1993, consta, expressamente, que as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3.^o do art. 60 da Constituição Federal, promulgam emenda ao texto constitucional. O art. 2.^o da supracitada emenda adiciona-se ao corpo constitucional básico, tendo o poder constituinte derivado, diante da provisoriedade desses preceptivos e como é vezeiro em emendas constitucionais no Brasil, decidido não integrá-lo ao texto constitucional, não deixando dúvidas, contudo, sobre quais inovações foram instituídas e quais alterações foram impostas ao texto original.

Aliás, insta notar que, como se depreende do disposto no § 3.^o do art. 60 do Estatuto Político, o normal é que as alterações trazidas à Constituição por emendas constitucionais não se incorporem ao texto constitucional, mas sejam, apenas, anexadas a seu corpo. Nesse sentido Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, Comemoração n.^o 1, de 1969*, 3.^a ed., RJ, Forense, 1987, p.150; José Celso de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*, 2.^a ed., SP, Saraiva, 1986, p. 203; e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 2, SP, Saraiva, 1992, pp. 89 e 90.

A Constituição Federal atribui à União uma série de competências, dentre as quais as correspondentes ao poder de tributar.

O Congresso Nacional acolheu o critério político de prever o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira e instituí-lo não com supedâneo no uso da competência residual da União para criar impostos, mediante lei complementar, respeitados, ainda, os requisitos de os novos impostos serem não-cumulativos, não terem fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Lei Suprema; mas, de prevê-lo no uso do poder constituinte derivado, sem a necessidade de submissão às retromencionadas regras do art. 154, inciso I, da Superlei de 1988, e instituí-lo mediante ato legislativo que, simultaneamente, faz as vezes de lei complementar definidora (art. 146, inciso III, alínea a, da CF) e de lei ordinária federal institutiva.

Iniludivelmente, não se pode pretender que a lista dos impostos discriminados no texto original da Constituição de 5 de outubro de 1988 seja imutável, por, supostamente, estar incluída na cláusula intangível do art. 60, § 4.º, inciso IV, impossibilitando que o órgão constituído com poder de emendar a Constituição, com fundamento no seu critério político, tendo em vista os mutantes interesses e necessidades das Fazendas Públicas e da própria coletividade, possa, revendo tal lista, eliminar alguns impostos e instituir outros. Tal exegese tem a pretensão de tornar eterna a lista dos impostos da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, uma vez que, mesmo que o Congresso Nacional considere este ou aquele imposto inadequado ou desnecessário, teria muito embaraço de suprimi-lo do texto constitucional, uma vez que, segundo essa interpretação, não poderia discriminar, via emenda constitucional, um novo imposto, para substituí-lo, o que, convenhamos, é inaceitável.

Assim claro está que a discriminação, pela Emenda Constitucional n.º 3, do novo imposto não representa dano ao comando do art. 60, *caput*, § 4.º, inciso IV, da Constituição, posto que não se pode considerar que isto tenda a abolir os direitos e garantias individuais.

Insta ressaltar que a limitação material do poder constituinte instituído consiste numa garantia de evitar a destruição ou radical alteração da nossa ordem constitucional. Assim intangíveis são o regime democrático, definido por frátil, separação de poderes, direitos e garantias individuais realmente essenciais à vida contemporânea do homem livre, que não pode ser derrubado por emenda constitucional, que abra as portas a regime autoritário ou totalitário, e a forma federativa de Estado, que não pode ser subvertida por emenda constitucional que introduza uma forma unitária.

Inferre-se, pois, que os direitos e garantias protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4.º, inciso IV, da Carta Política de 1988 não abrangem todos os direitos e garantias expressos na Constituição, nem os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a Repú-

blica Federativa do Brasil seja parte, pois, se assim fosse, petrificada estaria, praticamente, toda a Constituição.

Colime-se que a Constituição não pretende que as instituições arroladas no § 4.º do art. 60 sejam insusceptíveis de alterações.

De fato, quando há exigência de tendência a abolir, significa que pode, ainda, haver alterações toleráveis até imediatamente antes ao ponto em que se caracterize a tendência à abolição.

Vejamos, agora, um caso prático, que, dada a sua semelhança, espanca qualquer dúvida acerca da constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 3/93, de 17-3-93, em relação aos incisos I e IV, § 4.º, do art. 60 da Carta Política de 1988. No Mandado de Segurança n.º 20.257-DF, em que se questionava a validade da Emenda Constitucional que prorrogava, por dois anos, os mandatos em curso de prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, para fazê-los coincidir com os mandatos eletivos federais, diante do preceito proibitório do art. 47, § 1.º, da Constituição Federal de 1967, modificada pela Emenda n.º 1, de 1969, segundo o qual "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República"; os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, assentaram o entendimento a favor da legitimidade constitucional da acoimada emenda, porque, embora versasse sobre aspecto relacionado com o conteúdo do princípio erigido com cláusula pétrea, não lhe afetava a essência. Transcrevam-se trechos da respectiva Ementa, *in verbis*:

"Mandado de Segurança n.º 20.257
- DF
(Tribunal Pleno)
(AgRg na RTJ 95/1041)

Mandado de Segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da República.

.....
.....
.....
- Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que

a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fatos.

Mandado de Segurança indeferido." (in *RTJ* n.º 99, pp.1031 e 1032.)

Em seu voto, o relator para o Acórdão, o emérito Ministro Moreira Alves salientou:

"A emenda constitucional, em causa, não viola, evidentemente, a República, que pressupõe a temporariedade dos mandatos eletivos. De feito, prorrogar mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato, como sustentam os impetrantes, sob a alegação de que, a admitir-se qualquer prorrogação, infirma que fosse, estar-se-ia a admitir prorrogação por vinte, trinta ou mais anos. Julga-se à vista do fato concreto, e não de suposição, que, se vier a concretizar-se, merecerá, então, julgamento para aferir-se da existência, ou não, de fraude à proibição constitucional." (In *RTJ* n.º 99, pp. 1040 e 1041.)

Portanto, repise-se que, como as normas oriundas do poder constituinte derivado, tendo atuado este em harmonia com o art. 60 da Lei Máxima, têm a mesma natureza e hierarquia das normas provenientes do poder constituinte originário, tendo sido os preceitos do art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 3/93 adicionados, provisoriamente, à Constituição Federal de 1988, não há de se cogitar de inconstitucionalidade da própria Constituição.

Enfatize-se, outrossim, que, como a instituição do acoimado imposto não ocorreu mediante o uso da competência tributária residual da União, não há de se perquirir, *in specie*, de descumprimento aos requisitos do art. 154, I, da Constituição Federal.

3. O IPMF e a não-aplicação do princípio da anterioridade

Um outro empenho propalado diz respeito ao princípio da anterioridade. Prega-se que tal princípio, inserto nas limitações constitucionais do poder de tributar, seria, por natureza, um dos direitos e garantias individuais; assim, o § 2.º do art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 3/93, ao excetuar a aplicação do art. 150, *caput*, inciso III, alínea *b*, da Constituição, ao Imposto sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira, teria descuidado a cláusula pétreia do inciso IV, § 4.º, do art. 60 do Estatuto Político de 1988.

Conseqüentemente, advoga-se que a Lei Complementar n.º 77/93, ao prever a cobrança do imposto por ela instituído, no mesmo exercício financeiro da sua publicação, teria ferido o mencionado princípio da anterioridade da lei tributária.

De logo, impende refletir que, quando as constituições, expressamente, elencam um rol de matérias que não podem ser alvo de emendas extintivas, esta restrição ao poder constituinte derivado deve ser interpretada restritivamente e com as devidas ponderações.

O art. 60, § 4.º da Constituição de 1988 dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir, entre outras limitações, os direitos e garantias individuais, entendidos como aqueles derivados da própria existência humana e que se colocam acima de toda e qualquer norma, como os relativos à vida, à liberdade e à dignidade das pessoas.

Importa verificar que nas constituições mais recentes, inclusive na atual, o princípio da anterioridade não foi idealizado como absoluto. Muito pelo contrário, a relatividade desse princípio, em face de inúmeras ressalvas, previstas nessas constituições, autoriza a indagarmos se o princípio da anterioridade é regra que comporta exceções, ou se representa exceções diante da regra da não-anterioridade da lei tributária.

Daí, como o princípio da anterioridade tem se mostrado relativo, especialmente em relação aos impostos com predominante função extrafiscal, os indiretos, os de fatos gera-

dores instantâneos, e os instituídos provisoriamente, para fazer face a determinadas situações, também, transitórias, não é, de forma alguma, desarrazoado inferir que tal limitação ao poder de tributar, mormente se ocorrentes algumas das hipóteses supracitadas, não integra os direitos e garantias individuais que seriam insusceptíveis de serem abolidos por emenda constitucional.

A Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, em seu art. 150, *caput*, incisc III alínea b, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Tal vedação, também, comporta exceções. Assim, o § 1.º do próprio art. 150 dispõe que não estão sujeitos ao princípio da anterioridade os impostos sobre: importação de produtos estrangeiros (art. 153, I) e exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (art. 153, II), produtos industrializados (art. 153, III), operações de créditos, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários (art. 153, V), e os impostos extraordinários na iminência ou no caso de guerra (art. 154, II). Assim, na órbita federal, segundo o texto original da Constituição de 1988, estão sob a incidência do princípio da anterioridade, apenas, os impostos sobre o patrimônio e a renda, vale dizer, o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, o imposto sobre propriedade territorial rural e o imposto sobre grandes fortunas. Não se aplica, ainda, o princípio da anterioridade, podendo, pois, ser cobrados no mesmo exercício financeiro em que for publicada a lei que os instituiu ou majore o empréstimo compulsório destinado a atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (art. 148, *caput*, inciso I) e as contribuições sociais para a seguridade social, inclusive as que forem criadas com base na competência residual da União (arts. 149, *caput*, 195, *caput*, incisos I a III, § 4.º e § 6.º). Estas últimas guardam interregno de noventa dias para cobrarem eficácia.

Abra-se, aqui, um parêntese para comentar que, no âmbito dos tributos federais, por

exemplo, a Superlei, no § 1.º do seu art. 153 faculta ao Poder Executivo, por ato infralegal, embora atendidas as condições e os limites por lei estabelecidos, dispor sobre alíquotas dos impostos sobre importação, exportação, produtos industrializados e operações de créditos, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários. Aqui, trata-se de ressalvas ao princípio da legalidade diante da possibilidade aberta de alteração de alíquotas de certos impostos por meio de ato administrativo. Ora, em relação ao princípio que estamos comentando, colime-se que anterioridade da lei confere-se em relação à lei tributária. Se lei não existe, porque o caso é de modificação de alíquota via ato administrativo, não há de se cogitar da aplicação do princípio da anterioridade da lei. Portanto, constata-se, *in casu*, que a focalizada exceção ao princípio da legalidade traz como consequência a inaplicabilidade do princípio da anterioridade.

Portanto, o grande número de exceções revela que o princípio da anterioridade não é absoluto. Antes, de caráter acentuadamente relativo, sujeita-se a abrandamentos, desde que pela via adequada, em circunstâncias especiais.

Insta realçar que o § 2.º do art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993, excetuou o princípio da anterioridade em relação ao novo imposto, por ela discriminado, diante da própria natureza específica do IPMF, imposto provisório, emergencial e de fatos geradores instantâneos.

Cumpra observar que o art. 2.º, § 2.º, da Emenda Constitucional n.º 3/93 não está excetuando o princípio da anterioridade de quaisquer dos impostos já existentes no texto constitucional de 1988. Tal preceptivo está excluindo deste princípio um novo imposto, que foi discriminado pela mesma emenda. Assim não há de se cogitar, no caso, de tendência à extinção do princípio da anterioridade. Aliás, a regra da anterioridade não representa nem mesmo garantia protegida pela cláusula de intangibilidade.

O Imposto Provisório sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF),

previsto na Emenda Constitucional n.º 3, de 17-3-93, da mesma forma que o Imposto sobre Operações de Créditos, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF), é tributo, cujo campo de aplicação só pode comportar fatos geradores instantâneos, de sorte que a exceção estabelecida no § 2.º do art. 2.º da referida emenda segue a mesma linha de ressalva estabelecida pelos constituintes originários, não afetando, pois, a própria essência do princípio da anterioridade, motivo pelo qual é legítimo deduzir, pelo fato, ainda, de se classificar como imposto sobre movimentação ou circulação econômica, semelhante ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, que se o IPMF já tivesse sido discriminado no Texto Constitucional promulgado em 5-10-88, certamente figuraria entre as exceções ao princípio da anterioridade.

Cabe, ainda, ressaltar que a Emenda Constitucional n.º 3, que autorizou a criação do IPMF e previu a não-aplicação, em relação a esse imposto, do princípio da anterioridade, tem o mesmo poder que o texto constitucional original, uma vez que atende aos requisitos formais, circunstanciais e materiais exigidos pelo art. 60 do Estatuto Político de 1988, para reforma constitucional. O fato da questionada emenda ter aberto uma exceção ao princípio da anterioridade, para atender a uma situação provisória e emergencial, em relação a um exercício e concernente a um novo imposto por ela discriminado, não importa em abolir tal princípio.

Colime-se que a não-aplicação do princípio do art. 150, *caput*, inciso III, alínea *b*, da Constituição da República, em relação ao IPMF não foi prevista diretamente pela Lei Complementar n.º 77/93, mas pelo § 2.º do art. 2.º da Emenda n.º 3/93, isto é, por norma constitucional emanada do órgão constituído com poder de emendar a Constituição Federal. Assim, não há de se cogitar de inconstitucionalidade da própria norma constitucional nem de se perquirir, neste tocante, de inconstitucionalidade da guereada lei complementar.

Cabe dizer que, em relação aos impostos com predominante função extrafiscal, ou indiretos, ou de fatos geradores instantâneos

ou, ainda, provisórios e emergenciais, a inafastabilidade do princípio da anterioridade não se dirige aos membros do Congresso Nacional no exercício do poder constituinte derivado, mesmo porque, nesses casos, a instituição de nova exceção segue a mesma linha de ressalvas já estabelecidas pelos constituintes originários, não afetando a essência do princípio, mas os legisladores federais infraconstitucionais, os constituintes e legisladores estaduais e os legisladores das leis orgânicas e ordinárias do Distrito Federal e dos Municípios.

4. A Constituição Federal de 1988 não restaurou o princípio da anualidade

Por outro lado, releva asseverar que a Constituição de 1988 não albergou o princípio da anualidade. O preceito do § 2.º do art. 165, segundo o qual a lei de diretrizes orçamentárias orientará a elaboração da lei orçamentária anual e disporá sobre as alterações da legislação tributária, tem o escopo de recomendação ao legislador federal quanto à previsão de receita e fixação das despesas, especialmente no que respeita a ajustes no sistema tributário, não requerendo que essa lei preveja a alteração propriamente dita.

O fato dessa lei de diretrizes e da lei orçamentária anual não terem aquela sugerido e esta previsto o aumento da receita tributária, com a criação de um novo imposto, para suprir o *déficit* orçamentário, não tem qualquer reflexo sobre a exigibilidade desse tributo, não legitimando a recusa do pagamento do imposto pelo contribuinte afetado, isto porque este não tem direito subjetivo a ser protegido, ponderando-se que as normas programáticas a que alude o § 2.º do art. 165 da Lei Maior não podem prever todas as situações futuras que surjam durante o ano, que reclamam complementos orçamentários. E não se pode imobilizar a União por uma lei de orientação, impedindo-a de se utilizar de recursos extraordinários, em casos de emergência.

5. O IPMF e o princípio da imunidade

De logo, observe-se que o princípio da imunidade não é absoluto, uma vez que se

refere apenas a impostos, não se estendendo às demais espécies tributárias.

Assim mesmo, note-se que, em relação à denominada imunidade recíproca, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas autarquias e fundações só estão protegidos dos impostos sobre a renda, sobre o patrimônio e sobre os serviços. A imunidade intergovernamental, ainda, não se aplica ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados ou em que haja contraprestação de pagamento de preços ou tarifas pelo usuário do serviço, mesmo não sendo de natureza econômica a atividade estatal, ou do bem público. No que respeita, especificamente, às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público, a imunidade só se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. Há ressalva, ainda, relativa ao promitente comprador de imóvel. Da mesma forma, em relação aos templos de qualquer culto, aos partidos políticos, inclusive, suas fundações, às entidades sindicais dos trabalhadores e às instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei, a imunidade compreende somente os impostos sobre patrimônio, renda e serviços relativos ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com as suas finalidades essenciais.

Ademais, nos termos do art. 150, VI, c, e § 4.º do Estatuto Político e do art. 14 do Código Tributário Nacional, para que tenham direito à imunidade, os partidos políticos, inclusive suas fundações, as entidades sindicais dos trabalhadores e as instituições de educação e de assistência social, devem comprovar, ainda, que não são mantidos com a contribuição dos beneficiários, que não possuem finalidade lucrativa, que não distribuem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação nos seus resultados, que aplicam integralmente, no País, os seus recursos na manutenção de seus objetivos institucio-

nais e que conservam escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Destarte, a imunidade do art. 150, *caput*, inciso VI, alíneas *a* a *c* do Estatuto Político tem campo de atuação delimitado, não incidindo em relação a impostos cuja hipótese de incidência seja fato diverso de renda, patrimônio ou serviços. Assim, a imunidade do texto constitucional original não exonera os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas autarquias e fundações, entidades como partidos políticos, sindicatos, instituições de educação e de assistência social de impostos como IOF e o IPI.

Desse modo, tendo em vista a relatividade do princípio da imunidade e em face das hipóteses de incidência do novo imposto não serem o patrimônio, renda ou serviços dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de suas respectivas autarquias e fundações, nem das entidades como partidos políticos, sindicatos e instituições de educação e de assistência social, mas, sim, a movimentação financeira é o fato justificativo da exigibilidade do tributo, bem como diante da provisoriedade e da ínfima alíquota do IPMF, não se pode acoirar de inconstitucional a ressalva do art. 2.º, parágrafo 2.º, da Emenda Constitucional n.º 3/93.

Aduza-se que o art. 8.º da Lei Complementar n.º 77/88 prevê a incidência do IPMF à alíquota zero nos lançamentos nas contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, relativamente a operações de transferências inter e intragovernamentais, cujos destinatários sejam órgãos da administração direta, ou entidade autárquica ou fundacional.

Aliás, penso ser exagerado o critério jurídico, do qual emerge a tese de que a guereada alteração da configuração material do princípio da imunidade intergovernamental implicaria, necessariamente, atentado à existência da Federação, especialmente pela alíquota reduzida do novo imposto e pela temporariedade de sua vigência.

Acrescente-se, no que respeita à imunidade tributária recíproca, que este princípio, embora relevante numa federação, não pode

ser erigido em elemento definitório indispensável da forma federativa de Estado.

Ratifique-se, ainda, que a hipótese de incidência desse novo imposto provisório não é o patrimônio, ou a renda, ou os serviços dos entes da Federação, suas autarquias e fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, visto que são os lançamentos a débito em conta-corrente, depósito especial remunerado, poupança, recebimento em dinheiro de ordem de pagamento, ou seja, movimentações financeiras os fatos justificativos da exigibilidade do tributo.

Por outro lado, é evidente que o órgão instituído com o poder de emendar a Constituição agiu legitimamente ao fazer incidir, temporariamente, um novo imposto, por ele discriminado, sobre livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão, e sobre a operação de origem do ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, posto que, pela objetividade contida na imunidade e na previsão de exclusividade de tributação dos preceitos da alínea *d* do inciso VI do art. 150 e do § 5.º do art. 153, ambos da Lei Suprema de 1988, não se pode considerar que, aqui, haja direito ou garantia individual insusceptível de alteração por emenda constitucional.

6. O IPMF e o direito de propriedade

Ressalta a improcedência da alegação de que a discriminação e a instituição do IPMF teriam lesionado o direito de propriedade (art. 5.º, XXII, da CF), isto porque, inofensivamente, o reconhecimento constitucional do direito de propriedade não é absoluto (art. 5.º, XXIII, XXIV, XXV, art. 170, III; art. 182; art. 184) e nem garante a não-incidência de tributos sobre a propriedade (art. 153, *caput*, incisos VI e VII; art. 155, *caput*, incisos I e III, e art. 156, *caput*, incisos I e II). Assim, não há de se conceber que o reflexo indireto do IPMF sobre o patrimônio, autorizado pela Emenda Constitucional n.º 3/93, visando atender ao interesse público, represente a intenção de se abolir o referido direito.

Elucide-se que o fato gerador do IPMF não é a propriedade de dinheiro depositado

em instituições financeiras, sendo também irrelevante a transferência ou não da titularidade de valores, créditos e direitos de natureza financeira, mas, basicamente, os lançamentos a débito em contas bancárias.

Assim, a transferência de recursos, constitucionalmente autorizada, aos cofres do Tesouro Nacional, como sucede com outros tributos e, portanto, com o IPMF, não representa afronta à propriedade, que, aliás, segundo adverte, repetidas vezes, a própria Constituição, atenderá à sua função social.

7. O IPMF e o princípio de vedação de confisco

Da mesma forma, inexistente ao princípio da vedação da utilização do tributo com efeito de confisco (art. 150, *caput*, inciso IV, da CF), isto porque não se pode considerar que a incidência do IPMF sobre lançamentos a débito em contas bancárias, a uma alíquota máxima de 0,25%, seja insuportável ou, em outras palavras, que não haja, no caso, razoabilidade na tributação. Ademais, segundo a melhor doutrina, com a anuência da jurisprudência, só se pode considerar que há confisco quando a tributação é tanta que absorva a coisa ou a renda, porque isso significaria absorver a própria fonte de tributação.

8. Os princípios da isonomia e da vedação de discriminação tributária arbitrária entre contribuintes

Não procede o entendimento de que a Lei Complementar n.º 77/93 teria malferido os princípios da isonomia (art. 5.º, *caput*, da CF) e da vedação de discriminação tributária arbitrária entre contribuintes (art. 150, *caput*, II).

A Carta Magna de 1988 consagra o princípio da isonomia, determinando, no *caput* do art. 5.º, que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", prevenindo, como corolário deste, no âmbito tributário, os princípios da vedação de discriminação arbitrária entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente e da graduação do tributo, segundo a capacidade econômica do contribuinte, respectivamente nos arts. 150, II e 145, § 1.º.

Para o nosso direito constitucional tributário, o princípio da igualdade jurídica previsto no art. 5.º, *caput*, da Carta Magna, significa que a lei de tributação deve ter caráter hipotético.

O princípio do art. 150, II, da Lei Maior – proibição de discriminação arbitrária entre contribuintes – determina que a norma infraconstitucional deverá tratar igualmente pessoas que estejam nas mesmas condições e que, em face dessas condições, não seria justificável ou razoável tratá-las desigualmente. Da mesma forma, a norma infraconstitucional deverá tratar desigualmente pessoas que estejam em situações diferentes e que, em face de particularidades relevantes de ordem econômica ou social, mereçam não ser tratadas igualmente.

Cabe adiantar que o princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, § 1.º, da Lei Suprema, vale dizer, *the ability to pay*, se traduz na repartição da carga tributária, de acordo com as possibilidades econômicas de cada categoria de contribuintes para pagar tributo.

O IPMF, instituído pela lei complementar, *in examine*, é o mais abrangente possível, incidindo sobre a movimentação de numerário através do sistema bancário, tendo como fato gerador qualquer lançamento a débito em contas bancárias do contribuinte, bem como qualquer pagamento feito pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, inclusive por endosso de cheque e quaisquer outras movimentações financeiras que presumam a existência de sistemas organizados para efetivá-las como norma de salvaguarda contra a sonegação, seja o sujeito passivo do gravame pessoa física ou jurídica, assalariado ou empresário, aposentado ou não.

Assim, qualquer pessoa que efetuar movimentação de numerário através do sistema bancário estará sujeita ao imposto à alíquota de 0,25% sobre cada débito em sua conta ou sobre pagamento recebido em instituições financeiras. Não há, por conseguinte, violação ao princípio da isonomia.

Destarte, as normas da Emenda Constitucional n.º 3/93 e da Lei Complementar n.º 77/93 não causaram qualquer dano ao princí-

pio da igualdade jurídica (art. 5.º, *caput*, da CF), uma vez que não singularizaram determinada pessoa, destinatária delas, tendo aludido, ao contrário, à categoria de pessoas, possuindo, assim, inegável caráter hipotético.

Ademais, os casos de não-incidência, exoneração ou de alíquota zero são justificáveis pela própria teleologia do novo imposto, especificamente no tocante aos intentos de redução do *deficit* público federal e de combate à inflação.

No que respeita aos casos das compensações pelo pagamento do imposto, como as normas que concedem reduções das alíquotas de contribuições previdenciárias, ou as que concedem majorações de benefícios previdenciários, proventos, pensões e até de remuneração de caderneta de poupança, constata-se que as discriminações da impugnada lei complementar são, perfeitamente, toleráveis, posto que não arbitrárias, tendo em vista que não tiveram como critério a simples ocupação profissional ou função do sujeito passivo ou a denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos, mas buscaram realizar, mesmo de modo indireto, o princípio da isonomia tributária, com a aplicação do seu critério constitucionalmente definido, que é o da capacidade contributiva, ao considerar, de certo modo, a idoneidade econômica de categorias de pessoas, preservando o mínimo indispensável à vida humana digna. Desse modo, a acioimada Lei Complementar n.º 77 tratou desigualmente pessoas que estão em situações díspares e que, em face de particularidades relevantes de ordem econômica, humana e social, devem não ser tratadas igualmente.

9. O IPMF e o princípio da capacidade contributiva

No que concerne ao princípio da capacidade contributiva, há queixas no sentido de que o IPMF incide coercivamente a todos, com valor idêntico, não tendo sido observado o critério da progressividade.

O art. 145, § 1.º, da Superlei estatui que "Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte ...".

Os financistas têm o vezo de classificar o imposto em pessoal ou real, sendo o pessoal aquele em cuja qualificação, seja por meio da base de cálculo, seja da alíquota, seja de ambas, são levadas em consideração as condições pessoais do contribuinte; já o imposto é real quando, em sua qualificação, leva-se em conta, de maneira objetiva, apenas a matéria tributável, sem considerações acerca da pessoa do contribuinte.

Indubitavelmente, o IPMF é um imposto real, pois tributa, basicamente, de modo geral e universal, os lançamentos a débito em contas bancárias, independentemente de quem seja o titular das contas. Assim, as condições pessoais dos contribuintes não são, diretamente, levadas em consideração, inclusive no que tange à incidência da alíquota de 0,25% sobre o valor da movimentação.

Embora não afastando a possibilidade da utilização, pelo menos em parte, do princípio da capacidade contributiva em relação a alguns impostos reais, como o IPI e o ICMS, que inclusive poderão ser seletivos, em função da essencialidade do produto, mercadoria ou serviço (arts. 153, § 3.º, I e 155, § 2.º, III, ambos da CF), insta ponderar que isto, em alguns casos, não é possível, ou, pelo menos, tal princípio, em relação aos impostos reais, não é de fácil aplicabilidade.

Contudo, não se pode negar que a alíquota do imposto de 0,25%, nos termos do art. 7.º da Lei Complementar n.º 77/93, está dentro do razoável e, portanto, das possibilidades econômicas dos contribuintes.

Por outro lado, releva notar que, ao contrário do que sucede com o imposto de renda e proventos de qualquer natureza, o qual segue, por expressa previsão constitucional do art. 153, § 2.º, inciso I, parte final, o critério da progressividade, o art. 2.º, § 1.º, da Emenda Constitucional n.º 3/93 fixa o critério de alíquota proporcional do imposto provisório sobre movimentação financeira, ao dispor que a alíquota do novo gravame não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei.

De qualquer forma, o critério de alíquota proporcional do IPMF não deixa, absolutamente, de cumprir o princípio de que cada pessoa deve contribuir para a coletividade de acordo com a sua idoneidade econômica, uma vez que as pessoas de maior poder aquisitivo possuem, logicamente, meios para fazer movimentações muito maiores e, por conseguinte, pagarão mais imposto do que as de menor poder aquisitivo. Aliás, lastimavelmente, expressiva parcela da população nem sequer possui conta-corrente bancária e, conseqüentemente, na prática, não estará sujeita à incidência do imposto.

Aduza-se que o IPMF, simplesmente, segue a sistemática de impostos como o IOF, que apresentam alíquota uniforme, sem que isto represente qualquer injuridicidade.

No entanto, em consonância com o disposto no § 1.º do art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 3/93, a lei complementar em comento, no seu art. 9.º, faculta, ainda, ao Poder Executivo mitigar ou restabelecer total ou parcialmente a alíquota máxima de vinte e cinco centésimos por cento e majorar a alíquota zero de que cuida o art. 8.º, para uma ou mais operações nele enunciadas, com o intuito de prevenir ou corrigir distorções econômicas, bem como estender a alíquota zero a outras operações para atender a disposições legais específicas. Esses preceitos legais possibilitam a adaptação do imposto à realidade futura e, por via de conseqüência, permitirão ainda maior vivência do princípio da capacidade contributiva.

Se o art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 3 e a Lei Complementar n.º 77 tivessem, de pronto, esposado a política de alíquota progressiva, poderia suceder o comprometimento da esperada e necessária arrecadação do tributo, porque, diante da conhecida *esperteza* de boa parte dos contribuintes brasileiros, sobretudo os maiores, eles só emitiriam cheques até o limite do valor da alíquota mais benéfica, mesmo que, para isto, tivessem que emitir um número maior de cheques, burlando, assim, a incidência do IPMF nos lançamentos a débito em suas contas-correntes.

Ratifique-se que as comentadas compensações pelo imposto pago (art. 19, II e IV, §

1.º da LC n.º 77/93) não deixam de significar a tentativa, mesmo de modo indireto, de graduar a idoneidade econômica da pessoa contribuinte para a coletividade, acima do mínimo indispensável à compatibilidade com a vida humana digna.

10. O IPMF e o princípio da irredutibilidade do salário ou de vencimentos

Também não procede a argumentação de que o IPMF viola o princípio da irredutibilidade do salário (art. 7.º, VI, da CF), mesmo porque tal garantia não coloca os trabalhadores a salvo da incidência de outras normas constitucionais, como as que atribuem à União competência para instituir o imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, imposto, aliás, que incide de modo geral, inclusive, sobre os trabalhadores. O mesmo raciocínio aqui exposto aplica-se em relação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos em relação aos magistrados, membros do Ministério Público e servidores públicos (arts. 39, § 2.º, 95, III, e 128, I, c, todos da CF).

De qualquer modo, o IPMF não incide sobre salários ou vencimentos ou proventos, visto que incide, basicamente, sobre débitos em conta-corrente, poupança e depósitos especiais remunerados, bem como sobre o recebimento em dinheiro de ordem de pagamento.

11. A alegação de indevido "bis in idem"

Cumpra ser enfatizado que a instituição do IPMF não se deu com base na competência tributária residual da União nos termos do art. 154, inciso I, da Carta de 1988, e sim com supedâneo na Emenda Constitucional n.º 3, de 1993.

Ressalte-se que, obviamente, o novo imposto, discriminado por norma constitucional derivada, não precisa ser não-cumulativo, nem ter fato gerador ou base de cálculo distintos dos impostos que já eram previstos no texto constitucional original.

Quanto à não-cumulatividade, abra-se aqui um parêntese para rebater a assertiva de que tal característica é peculiar a todos os impostos sobre a produção e circulação de ri-

quezas, tendo em vista, por exemplo, que a não-cumulativa não é, constitucional ou legalmente, prevista para o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários, gravame, cujo Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira segue algumas de suas linhas.

O fato é que, tendo o art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 3 discriminado o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira, com observância, pelo órgão com o poder constituinte instituído ou constituído, das restrições formais, circunstanciais e materiais para o exercício do poder de reforma constitucional previstas no art. 60 do Estatuto Político de 5 de outubro de 1988, referido preceito constitucional derivado tem o mesmo valor das normas constitucionais originárias. Desse modo, impende, de logo, concluir pela inexistência, no caso, de invasão da competência tributária, bem como de indevido *bis in idem*.

Encime-se dizendo que não há, na espécie, *bis in idem* do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira em relação ao imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, sendo que, mesmo se houvesse, nenhuma inconstitucionalidade se verificaria, porque todos os referidos impostos estão previstos na Constituição.

O Código Tributário Nacional (CTN) – Lei n.º 5.172/66 – dispõe, em seu art. 114, que o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Materializada a hipótese descrita na norma legal, surge o nascimento da obrigação tributária.

São elementos ou aspectos essenciais da hipótese de incidência a indicação dos sujeitos ativo e passivo (aspecto pessoal), a determinação da vigência no tempo (aspecto temporal) e no espaço (aspecto espacial) e a indicação objetiva e material do fato impositivo (aspecto material).

Conforme leciona Geraldo Ataliba, o aspecto material é o mais importante da hipótese de incidência porque revela a sua essência, permitindo sua caracterização e indivi-

dualização em função das hipóteses de incidência dos demais tributos. Os tributos são classificados juridicamente com fundamento no aspecto material da hipótese de incidência.

O fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza. Já o fato imponible do IPMF é, basicamente, o lançamento a débito em contas bancárias do contribuinte (art. 2.º da LC n.º 77/93). A base de cálculo do IPMF não é o valor do lucro das pessoas jurídicas, nem a renda bruta, e sim o valor sacado das contas bancárias dessas pessoas (art. 6.º da LC n.º 77/93).

Esclarecemos que não há um imposto incidente sobre "operações financeiras". O que o nosso sistema tributário prevê é o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e relativas a títulos ou valores mobiliários – IOF.

As operações tributadas pelo IOF que interessam ao nosso estudo são as de crédito e as com títulos e valores mobiliários, inclusive aplicações financeiras, as quais guardam uma aparente similaridade com as movimentações financeiras tributadas pelo IPMF.

Impende realçar que, para a ocorrência do fato gerador do IOF, é necessário que haja uma operação, isto é, um ato jurídico – uma declaração de vontade susceptível de produzir efeitos jurídicos no que tange a crédito, câmbio, seguro, títulos ou valores mobiliários.

O fato gerador do IOF nas operações de crédito é a entrega do valor ou montante que constitui o objeto da obrigação. Nas opera-

ções com títulos ou valores mobiliários, inclusive aplicações financeiras, o fato gerador do IOF é a transmissão, cessão, liquidação ou resgate daqueles títulos ou aplicações financeiras.

O IPMF, por sua vez, que incide nas movimentações de numerário através do sistema financeiro (via bancos) tem, basicamente, como fato gerador o lançamento a débito em conta-corrente, poupança, depósito especial remunerado, bem como recebimento em dinheiro de ordem de pagamento.

Assim, parafraseando o mestre Geraldo Ataliba, a materialidade da hipótese de incidência do imposto de renda é alguém receber rendimentos; a do IOF sobre operações de empréstimo é alguém receber dinheiro emprestado; a do IOF sobre aplicações financeiras é alguém ceder, liquidar ou resgatar título ou aplicação financeira; e, finalmente, a materialidade da hipótese de incidência do IPMF é alguém movimentar recursos através de contas bancárias (débitos).

São, portanto, hipóteses de incidência distintas, de tributos distintos. Sendo que o primeiro, o imposto de renda, é um imposto pessoal, porque leva em consideração a pessoa do contribuinte, e os demais são impostos reais, incidindo sobre fatos independentemente da pessoa do sujeito passivo. Dessa forma, não há que se falar em *bis in idem*.

12. Conclusão

Diante de todo o exposto, demonstrada está a juridicidade do IPMF, em face da constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 3/93 e da Lei Complementar n.º 77/93.