

p
An. Trib. Atual
n. 16
2001

Coordenação dos Professores
Alcides Jorge Costa e Luís Eduardo Schoueri

ISSN 1415-8124

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

16



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

São Paulo – 2001

542058

Decálogo

LIVRARIA E EDITORA

decalogo@mandamentos.co

(31) 3226 7717-3274 21

Rua Espírito Santo, 1.025-Loja-H - BH

Tamne um advogado junto ao Pai. Tacue C'rito a iucta. I

A Não-tributação da CPMF sobre as Operações em Bolsa de Valores Feita por Investidores Estrangeiros

Paulo Sérgio Augusto da Fonseca

Advogado em São Paulo.

Após intensiva campanha levada a cabo pelo Conselho de Administração da Bolsa de Valores de São Paulo contra a tributação do capital estrangeiro pela CPMF em operações em bolsa de valores, resolveu o Conselho Monetário Nacional editar a Resolução 2.786, de 18 de outubro de 2000, que, apesar de em nenhum momento se referir ao tributo, teve a consequência almejada pela Bovespa.

O posicionamento contrário a essa tributação fundava-se no fato de que essa contribuição, ao onerar demais as aplicações nas bolsas brasileiras, tinha por efeito afugentar o investidor estrangeiro, que preferia então aplicar seus recursos principalmente na Bolsa de Nova Iorque, diminuindo dessa forma a liquidez do mercado brasileiro.

Essa diminuição de liquidez, por outro lado, ao também produzir o efeito de fazer com que ações de primeira linha de empresas brasileiras sejam levadas a negociação na bolsa americana por meio das chamadas ADRs - *American Depositary Receipts*, resultava em uma grande retração do volume de negócios no Brasil.

Não há como não se concordar com a necessidade da medida tomada pelo CMN, que teve por objetivo proteger o mercado de capitais brasileiro, posto ser este de extrema relevância para o desenvolvimento econômico do País.

Nesse sentido, não é ocioso lembrar que o mercado acionário funciona como alocador de capitais, constituindo-se em uma opção mais barata para o financiamento das empresas nacionais, situando-se a dispensa de tributação da CPMF para os investidores estrangeiros dentro de um contexto que a doutrina chama de política fiscal, cuja finalidade neste caso é o fortalecimento das operações bursáteis. A atração de capitais internacionais, extremamente disputado por todos os países, é objetivo que também deve ter sido levado em consideração pelo CMN ao editar a resolução supramencionada, dada a dependência nacional de capitais externos.

Entretanto, em face da grande repercussão da medida adotada pelo Conselho Monetário Nacional, principalmente no que pertine a eventual tratamento antiisonômico ao investidor e contribuinte nacional, entendo oportuno o ferimento de algumas questões referentes ao tema sob o ponto de vista tributário.

O escopo do presente estudo, portanto, prende-se à análise dessa nova regulamentação editada pelo CMN sob a ótica da técnica tributária emprega-

da, bem como do cabimento de eventual contestação de investidores brasileiros no sentido de, por via judicial, requererem que a eles seja estendido o benefício sob o argumento de ferimento ao princípio da isonomia.

Preliminarmente, é de se observar que, tratada como “isenção” pela imprensa leiga e mesmo por advogados consultados para dar declarações a respeito, conforme se pode constatar pelos jornais da época da edição da resolução, a não tributação das operações de investidores estrangeiros no mercado acionário brasileiro não é decorrente de isenção no sentido técnico do termo como empregado no direito tributário.

Com efeito, a isenção de tributos é, via de regra, matéria exclusiva de lei, nos estritos termos do artigo 176 do Código Tributário Nacional.

Sobre esse aspecto, assim se pronunciou Roque Antonio Carrazza:

“Só a pessoa que validamente criou (ou pode criar), por meio de lei, o tributo é que pode criar a isenção, *desde que o faça, também, por meio de lei*. Assim, só a lei federal pode conceder isenções de tributos federais; só a lei estadual, de tributos estaduais; só a lei municipal, de tributos municipais; só a lei distrital, de tributos distritais.” (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, Malheiros, 11^a ed., p. 486 - grifo nosso)

O princípio referente à isenção é, portanto, no sentido de que só a pessoa política que tem competência para instituir o tributo por meio de lei é que pode, também por meio de lei, conceder isenção, considerada a lei no caso em seu sentido estrito, de lei *ordinária*, aliás conforme assim manda a Constituição Federal em seu artigo 150, § 6º.

No entanto, há que se fazer referência a possibilidade de, excepcionalmente, a isenção ser concedida por meio de lei complementar (art. 155, § 2º, XII, “e”, e art. 156, § 3º, II, da CF), por meio de decreto legislativo editado pelo Congresso Nacional que ratifique acordo internacional firmado pela União (art. 49, I, da CF), e por meio de decreto legislativo editado pelas assembleias legislativas dos Estados que ratifique acordo por estes firmado em relação ao ICMS (art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF). Ressalte-se, portanto, que se tratam de exceções legalmente previstas na Constituição Federal.

Assim, salta à vista que a Resolução 2.786/00 não criou nem poderia criar uma isenção tributária, posto que tal espécie de normativo jamais se prestaria a ser instrumento veiculador desse tipo de benefício fiscal.

O eminente professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo acima mencionado ministra-nos proveitosa lição acerca das conseqüências da concessão de isenção por meio de outro tipo de diploma legal que não a lei:

“Isenções concedidas por meio de decreto, embora freqüentes, são descabidas e injurídicas. É verdade que os contribuintes tendem a suportar bem as injuridicidades que os favorecem; mas, diante de um decreto que ‘isentou’, qualquer cidadão mais zeloso será parte legítima para propor uma ação popular, que viria a pôr cobro a este ato

detrimento ao patrimônio público. Sobremais, a autoridade que o edita comete, em tese, crime de responsabilidade, *ex vi* do art. 85, VII, da CF, sujeitando-se assim às sanções cabíveis (*v.g.*, perda do cargo, com inabilitação para o exercício de funções públicas, durante certo lapso de tempo).” (*op. cit.*, p. 487)

Para maior clareza da questão, contudo, mister se torna transcrever a “engenharia normativa” que deu azo ao afastamento da tributação pela CPMF ao investimento direto de estrangeiro no mercado acionário:

“Resolução 2.786, de 18 de outubro de 2000

Dispõe sobre aplicações de investidor não-residente no mercado acionário.

O Banco Central do Brasil, na forma do art. 9º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada em 18 de outubro de 2000, tendo em vista o disposto nas Leis 4.595 de 1964, 4.728, de 14 de julho de 1986, e 6.385, de 7 de dezembro de 1976, nos Decretos-Lei 1.986, de 28 de dezembro de 1982, e 2.285, de 23 de julho de 1986, e na Medida Provisória 2.033, de 22 de setembro de 2000.

Resolveu:

Art. 1º Estabelecer que as contratações de câmbio, de que trata o art. 2º da Resolução nº 2.689, de 26 de janeiro de 2000, podem ser realizadas diretamente pela Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC), quando se tratar de movimentação de recursos com o exterior relativas a aplicações direcionadas, exclusivamente, ao mercado acionário brasileiro, devendo aquela Companhia ser indicada como beneficiária ou remetente no respectivo instrumento de pagamento.

Art. 2º Fica o Banco Central do Brasil autorizado a adotar as medidas e a baixar as normas necessárias à execução do disposto nesta Resolução”.

“Resolução 2.689/00

Dispõe sobre aplicações de investidor não residente nos mercados financeiro e de capitais.

(...)

Art. 2º As movimentações financeiras com o exterior, decorrentes das aplicações de que trata esta Resolução, somente podem ser efetuadas mediante contratação de câmbio, na forma da regulamentação em vigor.”

“Lei 9.311, de 24 de outubro de 1996

Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF, e dá outras providências

(...)

Art. 8º A alíquota fica reduzida a zero:

(...)

III - nos lançamentos em contas correntes de depósito ... (*omissis*) dos serviços de liquidação, compensação e custódia vinculados às bolsas de valores ... (*omissis*).”

Constata-se, portanto, que a norma contida na Resolução 2.786/00 suprimiu a fase disciplinada pela Resolução 2.689/00 na qual os recursos vindos do exterior transitavam necessariamente por contas correntes em instituições financeiras no Brasil para fins da necessária contratação de câmbio em nome do investidor estrangeiro e destinados à aplicação no mercado acionário, bem como para seu posterior retorno ao país de residência do investidor.

A contratação do câmbio, nesses casos, ficou doravante deferida, à Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia, pessoa jurídica de direito privado vinculada à Bovespa, responsável direto pelo recebimento e pela remessa dos valores ao investidor estrangeiro, e que deverá necessariamente constar do instrumento de pagamento como beneficiária ou remetente dos recursos, conforme o caso.

Assim, considerando que por força do artigo 8º da Lei 9.311/96, acima transcrito, as movimentações financeiras efetuadas por meio das contas correntes de depósito da “clearing” da Bovespa estão sujeitas à alíquota zero, o resultado é que as aplicações feitas por investidor não residente no País não se sujeitarão ao pagamento da CPMF.

No entanto, ainda que o resultado econômico obtido com essa “engenharia normativa” seja o mesmo - o não pagamento de tributo -, para a ciência do direito a alíquota zero e isenção são coisas distintas.

Nesse sentido, divergindo da posição clássica adotada por Rubens Gomes de Sousa e Ruy Barbosa Nogueira, que consideravam a isenção como forma de dispensa de pagamento do tributo devido promovida por lei, Walter Barbosa Corrêa a entende como “fenômeno tributário que impede, por expressa disposição normativa, o surgimento do crédito tributário decorrente de obrigação que tenha por objeto o pagamento do tributo” (*Comentários ao Código Tributário Nacional*, vol. 2, Saraiva, 1998, pp. 433/444).

Nessa linha também é o magistério de Alfredo Augusto Becker, *verbis*: “A realização da hipótese de incidência da regra jurídica de isenção faz com que esta regra jurídica incida justamente para negar a existência de relação jurídica tributária. Por sua vez, as hipóteses não enquadráveis dentro da hipótese de incidência da regra jurídica explícita de isenção tributária são precisamente as hipóteses de incidência de regras jurídicas implícitas de tributação” (*Teoria Geral do Direito Tributário*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1972).

Por outro lado, no que pertine ao sistema de alíquota zero, ao contrário, se estabelece uma relação jurídico-tributária (nasce o fato imponível ou fato gerador) que, no entanto, fica esvaziada em seu conteúdo econômico de prestação pecuniária em favor do ente tributante.

Merece atenção o fato de que a Constituição Federal ao ser emendada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1/94, acrescentando o artigo 74 ao ADCT e possibilitando a instituição da CPMF por meio de lei ordinária, *aparentemente não permitiu a utilização de alíquotas diferenciadas*, mas apenas e tão-somente deu margem ao Poder Executivo reduzir a alíquota ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei.

Em outras palavras, ao Poder Executivo restaria apenas a faculdade de redução ou restabelecimento até o limite da alíquota máxima fixada na própria Constituição (hoje no percentual de 0,30% - trinta centésimos - por força da Emenda Constitucional nº 21), *de modo geral, abrangendo todas as operações de movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira*, não havendo margem para a adoção de política extrafiscal como permitida em relação ao imposto de importação, ao imposto de exportação, ao IPI e ao IOF, pela qual o Poder Executivo incentiva ou desincentiva determinadas atividades econômicas por meio da tributação, com aumento ou diminuição das alíquotas ou da base de cálculo, visando a certas finalidades de interesse do Estado (§ 1º do artigo 153 da CF).

Exemplo desse tipo de política extrafiscal seria, por exemplo, a redução a zero da alíquota do imposto de importação de arroz para incentivar a importação e, assim, regularizar o abastecimento interno ou forçar uma queda de preços no mercado nacional.

Da mesma forma, também não seria cabível a redução casuística de alíquotas da CPMF com base nos critérios de progressividade, da capacidade contributiva e da seletividade, por falta de previsão autorizativa expressa no texto constitucional.

O que se está querendo dizer é que, caso o Poder Executivo tivesse editado norma expressamente reduzindo a zero a alíquota da CPMF *apenas* nos casos de operações de não residentes em bolsa de valores, tal dispositivo poderia, em tese, ser acimado de inconstitucional por ausência de autorização na Constituição, além de sofrer forte contestação judicial acerca do tratamento antiisonômico dado ao contribuinte nacional, discussão que também adentra a seara da constitucionalidade dessa iniciativa.

Em abono a essa tese é de se observar que, no tocante às demais contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social - modalidade de tributo a que a CPMF pertence -, a única hipótese em que se admite a diferenciação de alíquotas consta expressamente no texto constitucional mais especificamente no § 9º do artigo 195, no que tange às contribuições exigidas do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada *e apenas e tão-somente nas situações que especifica*.

A regra geral vigente, portanto, é a da tributação *isonômica*, nos termos em que imposta aos entes tributantes federais, estaduais e municipais pelo item II do artigo 150 que, para maior clareza, transcreve-se:

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

I - ... (*omissis*)

II - instituir tratamento desigual entre contribuinte que se encontrem em situação equivalente ... (*omissis*).”

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é rigorosa no sentido de que o dispositivo supra deve ser efetivamente cumprido, conforme o seguinte acórdão que se traz à colação:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar

Relator: Min. Maurício Correa

Tribunal Pleno - julgamento em 10.09.1997

Ementa

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tributário. IPVA. Isenção Concedida a Veículos Destinados à Exploração dos Serviços de Transporte Escolar; Devidamente Regularizados Junto à Cooperativa de Transportes Escolares do Município de Macapá. Lei nº 351 do Estado do Amapá, de Iniciativa Parlamentar. Inconstitucionalidade: Art. 150, II, da Constituição Federal. Plausibilidade da Tese Jurídica Sustentada. Isenção do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores concedida pelo Estado-Membro aos proprietários de veículos destinados à exploração dos serviços de transporte escolar no Estado do Amapá, devidamente regularizados junto à Cooperativa de Transportes Escolares do Município de Macapá - COOTEM. Tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Violação ao princípio da igualdade e da isonomia tributária. Artigo 150, II, da Constituição Federal. Liminar deferida.”

Mas, poder-se-ia argumentar, e o artigo 8º da própria Lei 9.311/96, que prevê hipóteses de alíquota zero? Não poderia ele servir de base para, por via de lei ordinária, ou medida provisória, incluir as operações de não residentes nos seus incisos, afastando assim a tributação diretamente pela lei criadora da contribuição?

Entendo que não. E isso pelo simples fato que as hipóteses de alíquota zero previstas no artigo 8º da Lei 9.311/96 são aquelas em que não há movimentação financeira propriamente dita, tratando-se na realidade de meros registros contábeis. As hipóteses contidas no artigo 8º, portanto, visam corrigir eventuais distorções decorrentes do sistema implantado pela lei no sentido de tentar abranger quaisquer movimentações financeiras e não para dispensar quem quer que seja do pagamento do tributo.

Portanto, pelo acima exposto, fica claro que nem houve concessão de isenção ao investimento estrangeiro no mercado acionário brasileiro e nem propriamente a tributação direta desse investimento à alíquota zero, pois no primeiro caso haveria necessidade de lei em sentido estrito e, no segundo, de

emenda constitucional, haja vista que seria ilegal uma mera resolução do Conselho Monetário Nacional com essas finalidades, conforme já mencionado acima.

O que ocorreu, de fato, foi a obtenção de um resultado econômico igual à isenção ou à aplicação de alíquota zero por meio do artifício de suprimir exatamente a fase na qual ocorreria a tributação.

Em outras palavras: nas operações efetuadas por não residentes *não mais ocorre o fato gerador* (situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência - art. 144 do CTN) da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira, cujas hipóteses de incidência estão previstas no artigo 2º da Lei 9.311/96!

Insista-se: o que está sujeito à alíquota zero da CPMF não é o capital estrangeiro quando aplicado no mercado acionário e sim a movimentação financeira das contas correntes da CBLC referentes a operações que constituam o objeto social dessas entidades, quais sejam, seus serviços de liquidação, compensação e custódia vinculados às bolsas de valores (§ 3º do artigo 8º da Lei 9.311/96).

Assim, dentro desse contexto, é de se observar que, sejam os recursos movimentados na CBLC oriundos de investidores nacionais, sejam de investidores estrangeiros, tais movimentações estão da mesma forma sujeitas à alíquota zero, *não fazendo distinção a lei nesses casos*.

Esclarecidos, portanto, esses pontos acerca da forma encontrada pelo Poder Executivo para não tributar pela CPMF o investidor não residente no País, *excluindo suas operações da hipótese de incidência tributária*, resta ainda se apreciar a possibilidade de o investidor residente ingressar com ação junto ao Poder Judiciário alegando tratamento tributário não isonômico e requerendo a extensão do benefício aos nacionais.

Sob esse aspecto, não haveria como não se reconhecer que, no que pertine à contribuição ora sob análise, a partir da Resolução 2.786/00 estabeleceu-se um tratamento diferenciado em relação aos investimentos diretos feitos no mercado acionário: de um lado os investidores residentes, sujeitos ao pagamento da CPMF e, de outro, os investidores não residentes, excluídos desse pagamento.

Assim, além de não haver dúvida quanto ao interesse processual do investidor nacional decorrente desse tratamento diferenciado, ou não isonômico, por outro lado também não há que se olvidar que o inciso XXXV da Constituição Federal garante amplo acesso ao Judiciário quando dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No entanto, ainda que o Judiciário venha a reconhecer o tratamento antiisonômico, entendo padecer de obstáculos intransponíveis o requerimento para a extensão do benefício da não tributação ao investidor residente no País, haja vista que, se atendido, equivaleria a transformar o Judiciário em le-

gislador positivo, competência vedada a esse Poder pela Constituição Federal, além de atentar contra o princípio da separação dos poderes.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência nesse sentido, conforme se pode verificar pelo seguinte acórdão:

“Agrav.-142348/MG

Primeira Turma

Relator: Min. Celso de Melo

DJ 24.03.95

EMENTA: Agravo de instrumento - IOF Câmbio - Decreto-lei 2.434/88 (art. 6º) - Guias de Importação expedidas em período anterior a 1º de julho de 1988 - Inaplicabilidade da isenção fiscal - Exclusão de benefício - Alegada ofensa ao princípio da isonomia - Inocorrência - Norma legal destituída de conteúdo arbitrário - Atuação do Judiciário como legislador positivo - Inadmissibilidade - Agravo improvido.

... (omissis)

- A exigência constitucional de lei formal para a veiculação de isenções em matéria tributária atua como insuperável obstáculo a postulações da parte recorrente, eis que a extensão dos benefícios isençionais, por via jurisdicional, encontra limitação absoluta no dogma da separação dos poderes.

- Os magistrados e Tribunais - que não dispõe de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. *Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivale, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado.* É de se acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo.” (RTJ 146/461, rel. Min. Celso de Melo - grifos nossos).

Conclusões

Pelo acima exposto, chega-se às seguintes conclusões em relação à nova regulamentação do CMN referente ao investimento estrangeiro no mercado acionário, especificamente no que tange à Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira:

a) A Resolução 2.786/00 não concedeu qualquer isenção tributária;

b) O investimento estrangeiro no mercado acionário não é tributado com a alíquota zero prevista no artigo 8º da Lei 9.311/96; apenas e tão-somente ela é aplicável à movimentação feita pela CBLC, podendo se referir a operações

oriundas de investimentos feitos por não residentes e por nacionais, não havendo diferenciação da norma entre investidores nesse ponto;

c) A Resolução 2.786/00, na verdade, ao suprimir uma das fases da movimentação financeira do investimento estrangeiro, permitindo que nesses casos a contratação de câmbio fosse feita diretamente pela CBLC, fez desaparecer o fato gerador da obrigação tributária, impedindo dessa forma o nascimento da relação jurídico-tributária.

d) Dada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, eventual reconhecimento judicial da situação antiisonômica criada pela norma não ensejaria, ainda que desejável, a extensão do benefício do não pagamento do tributo ao investidor nacional.