IMUNIDADE DO ITR (CF/1988, ART.153, § 4º) E IMUNIDADE DO OURO FINANCEIRO (CF/1988, ART. 153, § 5º)

IMMUNITY OF THE RURAL TERRITORIAL TAX (CF/1988, ART.153, § 4º) AND IMMUNITY OF THE FINANCIAL GOLD (CF/1988, ART. 153, § 5º)

Simone Regina Backes[*]

RESUMO: *O presente artigo visa apresentar a imunidade do imposto territorial rural (ITR), previsto no art. 153, § 4º, II, da CF, e a imunidade do ouro ativo financeiro, disposto no art. 153, § 5º, da CF. Busca-se analisar os principais requisitos e hipóteses de cabimento dessas duas imunidades específicas e as discussões doutrinárias e jurisprudências sobre o tema.*
PALAVRAS-CHAVE: *Imunidade. Imposto territorial rural. Pequenas glebas rurais. Ouro ativo financeiro. IOF.*

ABSTRACT: *This article aims to present the immunity of the rural territorial tax (ITR) - art. 153, § 4º, II, CF - and the immunity of the financial gold - art. 153, § 5, CF. It seeks to analyze the main requirements and hypothesis of the admission of these two specific immunities and the discussions of doctrine and jurisprudence on the subject.*
KEYWORDS*: Immunity. Rural territorial tax. Small rural properties. Financial gold. IOF.*

SUMÁRIO: *Introdução. 1 Da Imunidade do ITR - CF/1988, art.153, § 4º. 1.1 Imunidade do ITR na Constituição Federal: requisitos. 1.2 A imunidade e a incidência do ITR: outras hipóteses de cabimento. 2 Da Imunidade do ouro ativo financeiro - CF/1988, art. 153, § 5º. 2.1 Tributação do ouro ativo financeiro na Constituição Federal: definição e alcance. 2.2 Tributação única: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, embora não tenha modificado substancialmente os princípios e regras aplicáveis ao sistema tributário em relação ao sistema anteriormente adotado, delimitou de forma mais ampla a competência dos entes políticos para a criação de tributos, de modo a proteger não só o princípio federativo, mas também para criar mecanismos para assegurar os direitos

[*] Doutoranda da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade de Lausanne/Universidade de Savoie. Advogada. Contato: simonebackes@live.com.

fundamentais[1]. Entre esses mecanismos estão as limitações ao poder de tributar, ou seja, as imunidades, garantias institucionais que preservam os valores estabelecidos na própria Constituição.

Desse modo, a análise a que nos propomos do ITR e do ouro ativo financeiro exige, obrigatoriamente, o confronto entre os valores constitucionais protegidos e a verificação dos rigorosos requisitos autorizadores da concessão da imunidade.

Portanto, a fim de examinar o tema sem desbordar dos limites constitucionais traçados, no primeiro ponto analisaremos a imunidade do ITR, seus requisitos e hipóteses constitucionais. No segundo ponto, em contrapartida, nos dedicaremos à imunidade do ouro ativo financeiro, examinando não só a definição, alcance e propósito dessas operações, mas também o posicionamento jurisprudencial das discussões decorrentes da definição normativa desses valores.

1 DA IMUNIDADE DO ITR - CF/1988, ART.153, § 4º

Nos termos do art. 153, § 4º, II, CF, o imposto territorial rural não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel.

A imunidade do art. 153, § 4º, II, CF foi concebida não só em defesa dos interesses econômicos do pequeno agricultor, mas também como forma de estímulo à fixação do homem ao campo, buscando-se evitar o êxodo rural. Verifica-se, pois, benefícios reflexos concretos na produção agrícola e manutenção do equilíbrio demográfico campo x cidade.

A fim de avaliar esse tipo especial de imunidade[2], analisaremos a evolução do conceito de pequenas glebas e os requisitos dessa imunidade (1.1), bem como algumas questões polêmicas sobre suas hipóteses de cabimento (1.2).

---

[1] Ver ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2008; BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar.** Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010; BORGES, José Alfredo. Regime Tributário do Ouro. **Revista de Direito Tributário.** São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 55, p. 332-342, jan./mar., 1991; FERREIRA SOBRINHO, José Wilson Ferreira. **Imunidade Tributária.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

[2] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2004. p. 190.

1.1 A IMUNIDADE DO ITR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: REQUISITOS

Antes da Emenda Constitucional n. 42/2003, a redação do art. 153, § 4º, CF era a seguinte:

> O imposto previsto no inciso VI terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas e não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel.

A reforma constitucional buscou esclarecer diversos pontos controversos sobre a cobrança e imunidade do ITR, atualizando o texto do dispositivo de modo a permitir a progressividade extrafiscal[3], a fiscalização e cobrança pelos Municípios:

> § 4º O imposto previsto no inciso VI do *caput*:
> I - será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas;
> II - não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel;
> III - será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, na forma da lei, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal.

Quanto à imunidade, a redação anterior possibilitava interpretação ampla do dispositivo, o que gerou controvérsias sobre a possibilidade de estender o benefício aos simples possuidores de pequenas glebas rurais. A redação dada ao art. 153, § 4º, II, da CF pela Emenda Constitucional n. 42/2003, contudo, restringe a imunidade da pequena gleba rural apenas ao proprietário, afastando eventuais discussões sobre o sujeito beneficiário da imunidade[4].

O benefício constitucional alcança, hoje, apenas o proprietário da gleba rural que não possua outro imóvel (rural ou urbano) e que a explore efetivamente, ou seja, que a torne produtivo.

Em que pese o ITR constitua um imposto progressivo, que tem como objetivo extrafiscal o estímulo à produtividade dos imóveis, no tocante à análise dos requisitos da imunidade das pequenas glebas, a Carta Magna não indica a necessidade de atendimento de nenhum tipo de índice de produtividade, exigindo, apenas, a sua exploração por parte do proprietário. Nesse passo, nos parece que o indeferimento na concessão da imunidade baseada na inexistência de suficiente

---

[3] ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 374.
[4] *Op. cit.* p. 375.

exploração da pequena gleba rural, uma vez declarada a realização de atividade compatível com o uso da propriedade rural, deve ser devidamente comprovada pelo Fisco.

Outro aspecto que deve ser destacado nas modificações implementadas pela Emenda Constitucional n. 42/2003 é que, anteriormente, o benefício era concedido apenas ao proprietário que cultivava a gleba "só e com a sua família". Desse modo, se o proprietário contratasse outras pessoas para cultivar a terra, ainda que estivesse criando vagas de emprego e proporcionando o desenvolvimento da família, perderia a imunidade.

Carrazza, em seus comentários sobre o tema, indica que a nova redação do 153, § 4º, II, CF deve ser comemorada nesse ponto, pois atrelava o pequeno agricultor ao minifúndio, perpetuando a figura dos "servos da gleba"[5]. Todavia, o autor critica a exclusão do benefício em caso de aquisição de outro imóvel e ampliação de terras, pois esse tipo de requisito negativo desestimula o pequeno agricultor[6]. Com efeito, a manutenção da imunidade nesses casos, ainda que impostas certas limitações, seja em relação à natureza e extensão do imóvel, seja em relação ao objetivo da ampliação, permitiriam o desenvolvimento do pequeno agricultor, possibilitando maior conforto para a família rural.

Tendo em vista as referidas limitações, que impõe dificuldades para o desenvolvimento técnico e econômico do pequeno agricultor, restringindo-o, até mesmo, à agricultura de subsistência, Sacha Calmon denomina essa imunidade como a "imunidade Jeca Tatu", fazendo referência ao personagem de Monteiro Lobato que retrata o típico rurícula brasileiro, pobre e com pouca instrução[7].

Em que pesem as referidas saudações e críticas à nova redação do art. 153, § 4º, II, CF, não houve alteração na regulamentação infraconstitucional dos requisitos de concessão da imunidade do ITR, os quais estão descritos no art. 2º da Lei 9.393/96, que dispõe:

> Art. 2º Nos termos do art. 153, § 4º, in fine, da Constituição, o imposto não incide sobre pequenas glebas rurais, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel.

---

[5] CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 887.

[6] *Op. cit.* p. 887.

[7] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 398. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 336.

> Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, pequenas glebas rurais são os imóveis com área igual ou inferior a :
> I - 100 ha, se localizado em município compreendido na Amazônia Ocidental ou no Pantanal mato-grossense e sul-mato-grossense;
> II - 50 ha, se localizado em município compreendido no Polígono das Secas ou na Amazônia Oriental;
> III - 30 ha, se localizado em qualquer outro município.

Como se verifica da própria redação do dispositivo, conquanto a modificação constitucional, permanece a expressão "quando as explore, só ou com sua família", limitação que, em face da nova redação constitucional, perdeu efeito.

É a própria constituição que estabelece as condições da imunidade, razão pela qual, não é cabível que a norma regulamentadora estabeleça condições outras para a execução do benefício. Logo, ainda que a pequena gleba rural seja explorada pelo proprietário com o auxílio de empregados, caberá o benefício constitucional, desde que preenchidos os demais requisitos, especialmente no tocante ao tamanho da área rural.

Considera-se pequena gleba rural, conforme apontado expressamente nos inciso I, II e III do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.393/96, os imóveis com área igual ao superior a 100 ha, se localizado em município compreendido na Amazônia Ocidental ou no Pantanal mato-grossense e sul-mato-grossense; 50 ha, se localizado em município compreendido no Polígono das Secas ou na Amazônia Oriental; e 30 ha, se localizado em qualquer outro município. A localização das extensões supramencionadas são especificadas no anexo I da Instrução Normativa/SFR n. 256/2002, a qual indica os Municípios compreendidos nas áreas da Amazônia Ocidental e Oriental, Pantanal mato-grossense e sul-mato-grossense e Polígono das Secas.

Embora a maioria da doutrina entenda aplicável os requisitos dispostos nesse artigo, alguns autores, destacando-se Carrazza[8], entendem que essa lei é formalmente inconstitucional, pois trata de matéria sob reserva de lei complementar. A lei ordinária, no caso, não seria instrumento inidôneo para regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, em conformidade com o disposto no art. 146, II, CF, razão pela qual o autor considera a norma inconstitucional.

Com base nessa orientação, Carrazza entende que, não havendo Lei Complementar regulando o assunto, deve ser aplicado, analogicamente, o conceito

---

[8] CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** São Paulo: Malheiros, 2011. p. 887 - 888.

de “pequena gleba rural” disposto no art. 191 da CF, com tamanho não superior a 50ha:

> Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

O art. 191, segundo Carrazza, tanto faz alusão à pequena gleba rural quanto à exploração da terra por quem não possua outro imóvel tal qual o art. 153, § 4º, II, CF, agregando, somente, o tamanho da gleba, ou seja, tamanho não superior a 50 ha[9]. Desse modo, o referido dispositivo constitucional seria plenamente aplicável na análise dos pedidos de imunidade do ITR até que fosse editada Lei Complementar sobre o tema, a qual poderia estabelecer tamanhos diversos dos hoje utilizados.

Contudo, importante destacar que a referida opinião é minoritária. A doutrina e a jurisprudência vem admitindo a aplicação da Lei 9.393/96 sem maiores controvérsias.

Destaca-se, nesse ponto, julgado do Supremo Tribunal Federal, RE 636941, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, que definiu que, no que se refere à imunidade, somente se exige lei complementar para a definição dos seus limites objetivos, ou seja, aspectos materias, podendo ser veiculados por leis ordinárias os aspectos formais e subjetivos[10]. De acordo com esse julgado, "as imunidades têm

---

[9] *Op. cit.* p. 887 - 888.

[10] TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REPERCUSSÃO GERAL CONEXA. RE 566.622. IMUNIDADE AOS IMPOSTOS. ART. 150, VI, C, CF/88. IMUNIDADE ÀS CONTRIBUIÇÕES. ART. 195, § 7º, CF/88. O PIS É CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL (ART. 239 C/C ART. 195, I, CF/88). A CONCEITUAÇÃO E O REGIME JURÍDICO DA EXPRESSÃO “INSTITUIÇÕES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E EDUCAÇÃO” (ART. 150, VI, C, CF/88) APLICA-SE POR ANALOGIA À EXPRESSÃO “ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSITÊNCIA SOCIAL” (ART. 195, § 7º, CF/88). AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR SÃO O CONJUNTO DE PRINCÍPIOS E IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS (ART. 146, II, CF/88). A EXPRESSÃO “ISENÇÃO” UTILIZADA NO ART. 195, § 7º, CF/88, TEM O CONTEÚDO DE VERDADEIRA IMUNIDADE. O ART. 195, § 7º, CF/88, REPORTA-SE À LEI Nº 8.212/91, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL (MI 616/SP, Rel. Min. Nélson Jobim, Pleno, DJ 25/10/2002). O ART. 1º, DA LEI Nº 9.738/98, FOI SUSPENSO PELA CORTE SUPREMA (ADI 2.028 MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000). A SUPREMA CORTE INDICIA QUE SOMENTE SE EXIGE LEI COMPLEMENTAR PARA A DEFINIÇÃO DOS SEUS LIMITES OBJETIVOS (MATERIAIS), E NÃO PARA A FIXAÇÃO DAS NORMAS DE CONSTITUIÇÃO E DE FUNCIONAMENTO DAS ENTIDADES IMUNES (ASPECTOS FORMAIS OU SUBJETIVOS), OS QUAIS PODEM SER VEICULADOS POR LEI ORDINÁRIA (ART. 55, DA LEI Nº 8.212/91). AS ENTIDADES QUE PROMOVEM A ASSISTÊNCIA SOCIAL BENEFICENTE (ART. 195, § 7º, CF/88) SOMENTE FAZEM JUS À IMUNIDADE SE PREENCHEREM CUMULATIVAMENTE OS REQUISITOS DE QUE TRATA O ART. 55, DA LEI Nº 8.212/91, NA SUA REDAÇÃO ORIGINAL,

o teor de cláusulas pétreas, expressões de direitos fundamentais, na forma do art. 60, § 4º, da CF/88, tornando controversa a possibilidade de sua regulamentação através do poder constituinte derivado e/ou ainda mais, pelo legislador ordinário", contudo "os limites objetivos ou materiais e a definição quanto aos aspectos subjetivos ou formais atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não implicando significativa restrição do alcance do dispositivo interpretado, ou seja, o conceito de imunidade, e de redução das garantias dos contribuintes, razão pela qual a lei ordinária pode definir aspectos formais da imunidade objeto de regulamentação.

1.2 A IMUNIDADE DO ITR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: REQUISITOS

Com base nos requisitos acima indicados e tendo em vista a finalidade da imunidade do ITR sobre as pequenas glebas rurais, cumpre destacar outras hipóteses de imunidade de glebas rurais relacionadas às imunidades genéricas constitucionalmente previstas, conforme indicado por Santini e Sperb[11]:

a) Imunidade de imóveis rurais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 2º, II, da Instrução Normativa/SFR n. 256/2002) - decorrente da imunidade recíproca dos entes políticos, conforme o art. 150, VI, "a", da CF;

E AQUELES PREVISTOS NOS ARTIGOS 9º E 14, DO CTN. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA OU APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL DE FORMA INVERSA (ADI 2.028 MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000). INAPLICABILIDADE DO ART. 2º, II, DA LEI Nº 9.715/98, E DO ART. 13, IV, DA MP Nº 2.158-35/2001, ÀS ENTIDADES QUE PREENCHEM OS REQUISITOS DO ART. 55 DA LEI Nº 8.212/91, E LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE, A QUAL NÃO DECORRE DO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESTES DISPOSITIVOS LEGAIS, MAS DA IMUNIDADE EM RELAÇÃO À CONTRIBUIÇÃO AO PIS COMO TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. EX POSITIS, CONHEÇO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, MAS NEGO-LHE PROVIMENTO CONFERINDO EFICÁCIA ERGA OMNES E EX TUNC. (…) 27. Ex positis, conheço do recurso extraordinário, mas nego-lhe provimento conferindo à tese assentada repercussão geral e eficácia erga omnes e ex tunc. Precedentes. RE 93.770/RJ, Rel. Min. Soares Muñoz, 1ª Turma, DJ 03/04/1981. RE 428.815-AgR/AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 24/06/2005. ADI 1.802-MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 13-02-2004. ADI 2.028 MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000. (RE 636941, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 03-04-2014 PUBLIC 04-04-2014)

[11] SANTINI, Clito; SPERB, Guilherme Ricardo Roedel. Imunidade ao ITR (CF/1988, art.153, § 4º) e imunidade do ouro financeiro (CF/1988, art. 153, § 5º). *In:* **Imunidades Tributárias e Direitos Fundamentais.** Luiz Felipe Silveira Difini (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 57-60.

b) Imunidade de imóveis rurais de autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público, desde que vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 2º, III, da Instrução Normativa/SFR n. 256/2002) - também em conformidade com art. 150, VI, “a”, da CF, haja vista que a imunidade recíproca dos entes políticos é extensível às suas autarquias e fundações, desde que vinculados às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes;

c) Imunidade de imóveis rurais de instituição de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, desde que vinculados às suas finalidades essenciais e uma vez atendidos os requisitos legais (art. 2º, IV, da Instrução Normativa/SFR n. 256/2002) - decorrente da imunidade genérica prevista no art. 150, VI, “c”, da CF e, portanto, para gozarem dessa imunidade, essas instituições devem prestar os serviços para os quais houverem sido instituídas e os colocar a disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos, e atender, entre outros requisitos previstos em lei específica, as seguintes exigências: não distribuir qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; aplicar integralmente, no País, seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos institucionais; não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados; manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão; conservar em boa guarda e ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial; apresentar, anualmente, declaração de rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal (art. 14, do CTN; art. 2º, § 4º, da Instrução Normativa/SFR n. 256/2002)

As imunidades indicadas, embora incidam sobre o ITR de imóveis rurais, não estão submetidas aos requisitos do art. 153, § 4º, II, da CF, pois derivam de proteção constitucional vinculada às imunidades do art. 150 da CF. Desse modo, ainda que se tratem de grandes extensões de terra, uma vez verificados os

requisitos legais, as referidos entes e instituições poderão gozar da imunidade concedida. O objeto de proteção nessas hipóteses não se coaduna com a finalidade do imunidade das pequenas glebas rurais, qual seja, a manutenção do mínimo existencial do indivíduo, mas busca a proteção de outras cláusulas pétreas, como a manutenção do pacto federativo e a independência entre os entes políticos, a liberdade religiosa, o pleno desenvolvimento da pessoa e sua qualificação para o trabalho.

Destacam-se, ainda, a imunidade das terras tradicionalmente ocupadas por índios, que são bens da União em relação aos quais os índios tem posse permanente a título de usufruto especial, e que portanto, ostentando tal condição, se beneficiam de imunidade genérica[12].

Beneficiam-se, por outro lado, da imunidade decorrente do art. 153, § 4º, II, da CF, o enfiteuta ou foreiro, titular do domínio útil, conforme art. 678 do CC/16, e o assentado rural, desde que satisfaça as condições previstas em lei, quais sejam, a individualização do imóvel e sua exploração pelo enfiteuta ou assentado, a conformidade da área aos limites estabelecidos no parágrafo único do art. 2º da Lei 9.393/96 e a inexistência de propriedade de outro imóvel, rural ou urbano[13].

Cabe ressaltar, contudo, que, segundo o art. 2º, § 3º, da Instrução Normativa/SFR n. 256/2002, quem arrenda o imóvel, dá em comodato ou parceria perde o benefício da imunidade do ITR. Conquanto o objetivo dessa imunidade seja o estímulo da fixação do agricultor à terra, a nova redação do art. 153, § 4º, da CF dada pela EC 42/2002 parece permitir uma nova análise dessa restrição, especialmente com relação ao contrato de parceria, quando a exploração da terra se dá pelo proprietário com o objetivo de manutenção do mínimo existencial.

Com efeito, com base na interpretação constitucional afasta-se a visão meramente negocial das relações rurais, buscando-se, em última análise, a verificação, no caso concreto, do atendimento às finalidades da imunidade instituída, qual seja a proteção do mínimo existencial, de modo a permitir o gozo do benefício àqueles que realmente necessitam da sua proteção.

---

[12]SANTINI, Clito; SPERB, Guilherme Ricardo Roedel. Imunidade ao ITR (CF/1988, art.153, § 4º) e imunidade do ouro financeiro (CF/1988, art. 153, § 5º). *In:* **Imunidades Tributárias e Direitos Fundamentais**. Luiz Felipe Silveira Difini (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 59.

[13] *Op. cit.* p. 60

2 DA IMUNIDADE DO OURO ATIVO FINANCEIRO - CF/1988, ART. 153, § 5º

A Constituição Federal de 1988, buscando fortalecer a autonomia entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, ampliou o campo de incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadores (ICM), extinguindo os regimes de impostos únicos da Constituição anterior[14]. Nesse diapasão, foi extinto o imposto único sobre metais (IUM) que regulava a tributação, entre outros metais, do ouro.

Em que pese a maioria dessas mercadorias passasse a ser tributada pelo ICM, verificou-se a necessidade de regulamentação diversa para o ouro que, além de uma mercadoria, em certas aplicações, assumia a natureza de ativo financeiro[15]. De fato, antes de Constituição Federal de 1988 a definição de ouro ativo financeiro não era tão clara, razão pela qual, muitas vezes havia discussão sobre a incidência de ICM, confundindo-se o ouro ativo financeiro a uma mera mercadoria sujeita à tributação[16].

A Constituição estabeleceu então, no art. 153, § 5º, que o ouro ativo financeiro sujeitar-se-ia, exclusivamente, à incidência do imposto sobre operações de crédito câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF).

Analisaremos, nesse capítulo, o regime constitucional tributário do ouro ativo financeiro, identificando sua definição e alcance constitucional (2.1), bem como a jurisprudência decorrente dessas normas (2.2).

2.1 TRIBUTAÇÃO DO OURO ATIVO FINANCEIRO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: DEFINIÇÃO E ALCANCE

A CF, no art. 153, §5ª, refere que:

> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
> (…)

[14] BORGES, José Alfredo. Regime Tributário do Ouro. **Revista de Direito Tributário.** São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 55, p. 332-342, jan./mar., 1991.p. 332.
[15] MÉLEGA, Luiz. A tributação do ouro, ativo financeiro. **Repertório IOB de Jurisprudência.** n. 6/92. São Paulo, 1992. 1/4993, p. 114-113. p. 113.
[16] BITY, Mônica Castro de Mello. Ouro-ativo financeiro: caracterização. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 674, p. 19-30, dez. 1991.

> V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
> § 5º - O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do "caput" deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
> I - trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem;
> II - setenta por cento para o Município de origem.

Por sua vez, o ouro ativo financeiro foi definido na Lei 7.766/89, arts. 1º e 4º, que dispõe, respectivamente:

> Art. 1º O ouro em qualquer estado de pureza, em bruto ou refinado, quando destinado ao mercado financeiro ou à execução da política cambial do País, em operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, na forma e condições autorizadas pelo Banco Central do Brasil, será desde a extração, inclusive, considerado ativo financeiro ou instrumento cambial.
> § 1º Enquadra-se na definição deste artigo:
> I - o ouro envolvido em operações de tratamento, refino, transporte, depósito ou custódia, desde que formalizado compromisso de destiná-lo ao Banco Central do Brasil ou à instituição por ele autorizada.
> II - as operações praticadas nas regiões de garimpo onde o ouro é extraído, desde que o ouro na saída do Município tenha o mesmo destino a que se refere o inciso I deste parágrafo.
> § 2º As negociações com o ouro, ativo financeiro, de que trata este artigo, efetuada nos pregões das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros ou assemelhadas, ou no mercado de balcão com a interveniência de instituição financeira autorizada, serão consideradas operações financeiras.
>
> Art. 4º O ouro destinado ao mercado financeiro sujeita-se, desde sua extração inclusive, exclusivamente à incidência do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.
> Parágrafo único. A alíquota desse imposto será de 1% (um por cento), assegurada a transferência do montante arrecadado, nos termos do art. 153, § 5º, incisos I e II, da Constituição Federal.

Com base na análise desses dispositivos entende-se, pois, como operação de origem a primeira transação realizada com instituição financeira, tenha ela ocorrido logo após a extração do ouro, tenha sido realizada posteriormente.

Nesses termos, o ouro ativo financeiro é um produto, um valor que circula no mercado financeiro, à semelhança do que ocorre com papéis, reservas e títulos representativos de aplicação financeira[17]. E, por isso, está sujeito a regime de imposto único, no caso, o IOF.

[17] MÉLEGA, Luiz. A tributação do ouro, ativo financeiro. **Repertório IOB de Jurisprudência.** n. 6/92. São Paulo, 1992. 1/4993, p. 114-113. p. 114.

A imposição de um regime único de tributação nesse caso é uma forma de estimular a negociação do ouro ativo financeiro no mercado interno, estabelecendo reservas e, indiretamente, evitando a fuga de valores para o exterior, o que seria inconveniente para a economia nacional. Com efeito, caso houvessem múltiplas tributações sobre o ouro ativo financeiro, seu custo seria agravado no mercado de valores mobiliários, desestimando as transações desses valores.

Desse modo, a incidência do IOF sobre o ouro ativo restou subordinada aos princípios da unicidade e do exclusivismo, excluindo, portanto, outros tributos. Como consequência, o IOF sobre ouro financeiro constitui tributo monofásico, já que incide apenas uma vez durante toda a cadeia, ainda que existam diversas transferências de valores entre pessoas jurídicas e/ou pessoas físicas.

No tocante à definição do ouro ativo financeiro, estabelecida pela Lei 7.766/89, a doutrina também discute a sua possível inconstitucionalidade, vez que se trata de lei ordinária.

Segundo alguns autores, a definição do ouro financeiro somente poderia ser realizada por lei complementar, nos temos do art. 146, II, da CF[18], pois se trata de regulamentação de limitação constitucional do poder de tributar. De acordo com essa corrente doutrinária, a Constituição ainda exige, em seu art. 146, I, Lei complementar para dispor sobre conflitos de competência entre matéria tributária, no caso entre a União, que tem competência para instituir o IOF sobre o ouro ativo financeiro, e os Estados, que tem competência para instituir ICMS sobre o ouro mercadoria[19]. Por fim, o art. 146, III, "a", da CF, impõe que a definição do fato gerador, base de cálculo e contribuintes do IOF que incide sobre o ouro financeiro sejam definidos por lei complementar[20].

Para a corrente contrária, por outro lado, prevalece o argumento de que a Constituição determina que a definição do ouro como ativo financeiro seja regulada por lei. De acordo com parte da doutrina e da jurisprudência, ao se referir

---

[18] GUERREIRO, Claudio J.G. IOF - Incidência sobre ouro ativo financeiro. **Revista de Direito Tributário.** São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 49, p. 102-109, jul/set, 1989. p. 103.

[19] SANTINI, Clito; SPERB, Guilherme Ricardo Roedel. Imunidade ao ITR (CF/1988, art.153, § 4º) e imunidade do ouro financeiro (CF/1988, art. 153, § 5º). *In:* **Imunidades Tributárias e Direitos Fundamentais.** Luiz Felipe Silveira Difini (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 64.

[20] Op. cit. p. 64.

genericamente à expressão “lei”, a fim de estabelecer o princípio da reserva legal, o constituinte englobou tanto a legislação ordinária quanto a legislação complementar[21]. Com efeito, segundo defende essa linha doutrinária, a Constituição, quando exige lei complementar, expressamente dispõe nesse sentido, razão pela qual, sem qualificação constitucional, não seria viável interpretar pela necessidade de lei complementar, devendo-se prestigiar a liberalidade do texto[22].

Ademais, o art. 153 da CF não se encontra na Seção II da Constituição Federal, que trata das limitações ao poder de tributar, fazendo parte da Seção que trata dos impostos da União. Nesse passo, o art. 146, II, da CF não se aplicaria ao dispositivo ora analisado, pois a definição de ouro ativo financeiro não constituiria uma limitação constitucional ao poder de tributar[23].

Outrossim, o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes do IOF já estão definitos no CTN, arts. 63 a 66, o qual foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como Lei Complementar, razão pela qual não haveria qualquer violação ao art. 146, III, “a”, da CF[24].

Prevalece doutrinariamente, contudo, a segunda corrente, dando por legitimado o Código Tributário Nacional, recepcionado como lei complementar, permitindo a definição de ouro ativo financeiro em lei ordinária.

A título complementar, destaca-se novamente o julgado do Supremo Tribunal Federal, RE 636941[25], de Relatoria do Ministro Luiz Fux, que definiu que, no que se refere à imunidade, somente se exige lei complementar para a definição dos seus limites objetivos, ou seja, aspectos materiais, podendo ser veiculados por

---

[21] Ver ADI 2.028 MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000

[22] FERREIRA SOBRINHO, José Wilson Ferreira. **Imunidade Tributária.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996; FERREIRA SOBRINHO, José Wilson Ferreira. Tributação do ouro como ativo financeiro. **Repertório IOB de Jurisprudência.** *n. 20/98. São Paulo, 1998. 1/12776, p. 503-500. p. 502.*

[23] *Op. cit.* p. 501.

[24] BONAVINA, Maria Regina. A imunidade tributária do ouro ativo financeiro relativa ao ICMS. *In:* **Tratado das Imunidades e Isenções Tributárias.** Monica de Almeida Magalhões Serrano (org.). São Paulo: Editora Verbatin, 2011. p. 427; SANTINI, Clito; SPERB, Guilherme Ricardo Roedel. Imunidade ao ITR (CF/1988, art.153, § 4º) e imunidade do ouro financeiro (CF/1988, art. 153, § 5º). *In:* **Imunidades Tributárias e Direitos Fundamentais.** Luiz Felipe Silveira Difini (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 64.

[25] RE 636941, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 03-04-2014 PUBLIC 04-04-2014

leis ordinárias os aspectos formais e subjetivos, o que se coaduna com a posição doutrinária prevalente.

Por fim, destaca-se que a referida discussão já foi objeto de análise do Supremo Tribuna Federal anteriormente, quando da arguição de inconstitucionalidade em recurso extraordinário da Lei n. 8.033/90. Embora não tenha sido analisada diretamente a constitucionalidade da definição de ouro ativo financeiro pela Lei n. 7.766/89, os critérios adotados pela norma foram utilizados para afastar a incidência de nova tributação.

2.2 TRIBUTAÇÃO ÚNICA: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Lei n. 8.033/90 atribui nova hipótese de incidência do IOF sobre o ouro ativo financeiro, independentemente da exigência estabelecida pela Lei n. 7.766/89, de forma a tributar cada transmissão ou resgate de ouro ativo financeiro realizada posteriormente à operação de origem, *ex vi*:

> Art. 1º São instituídas as seguintes incidências do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários:
> II - transmissão de ouro definido pela legislação como ativo financeiro; (Execução suspensa pela RSF nº 52, de 1999)
> III - transmissão ou resgate de título representativo de ouro; (Execução suspensa pela RSF nº 52, de 1999)
> Art. 2º O imposto ora instituído terá as seguintes características:
> III - não prejudicará as incidências já estabelecidas na legislação, constituindo, quando ocorrer essa hipótese, um adicional para as operações já tributadas por essa legislação;

O STF, ao ser chamado a analisar os dispositivos tachados em recurso extraordinário, decidiu pela inconstitucionalidade dos dispositivos, haja vista que o ouro, definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se, exclusivamente, ao IOF, devido na operação de origem, conforme o art. 153, § 5º, da CF.

Concluiu-se, por unanimidade, que o fato gerador do imposto, nos termos do art. 8º e parágrafo único, da Lei 7.766/89, é a primeira aquisição do ouro, ativo financeiro, efetuada por instituição autorizada, integrante do Sistema Financeiro Nacional, ou tratando-se de ouro físico oriundo do exterior, ingressado

no país, o fato gerador é seu desembaraço aduaneiro[26]. Desse modo, a incidência de IOF sobre a transmissão do ouro definido como ativo financeiro, operações posteriores à transmissão original, conforme determinado pela Lei 8.033/90, é inconstitucional[27].

Assim, qualquer imposição tributária adicional ao ouro ativo financeiro é inconstitucional[28], declarando-se, pois, a inconstitucionalidade do inciso II do art. 1º da Lei 8.033/90. Confira-se a ementa do julgado:

> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IOF. OURO: TRANSMISSÃO DE OURO ATIVO FINANCEIRO. C.F., art. 153, § 5º. Lei 8.033, de 12.04.90, art. 1º, II. I. - O ouro, definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se, exclusivamente, ao IOF, devido na operação de origem: C.F., art. 153, § 5º. Inconstitucionalidade do inciso II do art. 1º da Lei 8.033/90. (RE 190363, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/1998, DJ 12-06-1998 PP-00066 EMENT VOL-01914-03 PP-00617 RTJ VOL-00166-02 PP-00624)

CONCLUSÃO

A imunidade do ITR vem para atender os interesses dos pequenos produtores rurais, e estimular a permanência no campo. Contudo, embora não hajam controvérsias a respeito da imunidade em si, da extensão das suas hipóteses de cabimento, deve-se analisar a necessidade de adequação dos requisitos impostos para a utilização do benefício frente as modificações da sociedade rural brasileira e a finalidade da imunidade conferida pela CF.

Com efeito, o objetivo principal da imunidade do ITR, nas hipóteses ora analisadas, é a garantia do mínimo existencial. Tendo como parâmetro essa finalidade, eventuais discussões sobre a necessidade de alargamento ou não do cabimento do benefício a casos que não preenchem os requisitos impostos por lei abrange, em realidade, a discussão sobre o que, na sociedade atual, deva ser considerado o mínimo existencial.

---

[26] Voto Rel. Min. Carlos Velloso - RE 190363, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/1998, DJ 12-06-1998 PP-00066 EMENT VOL-01914-03 PP-00617 RTJ VOL-00166-02 PP-00624

[27] *Op. cit.*

[28] Outras tentativas de violação ao princípio da unicidade da tributação do ouro ativo financeiro foram objeto de discussão na doutrina, como as disposições da MP 160/90 - XAVIER, Alberto. IOF - Inconstitucionalidade das novas incidências do IOF em geral e sobre o ouro em especial. **Revista de Direito Tributário.** São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 52, p. 97-109, abr/jun, 1990.

A imunidade do ouro ativo financeiro, por outro lado, indica, de fato, não uma exclusão total de tributos, mas um regime de tributação única, na operação de origem, com alíquota diferenciada que tem por finalidade reduzir os custos de transação deste tipo de operação, permitindo o estabelecimento de reservas cambiais. A própria definição do ouro ativo financeiro, por ter sido estabelecida em lei ordinária, em que pese a atual jurisprudência sobre o tema, ainda suscita dúvidas.

Com efeito, em que pese o Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado sobre o tema quando da análise da inconstitucionalidade da Lei 8.033/90, o tema não foi diretamente suscitado a Corte, não tendo sido estabelecida nova controvérsia judicial sobre eventuais violações, ainda que indiretas, ao princípio da unicidade da incidência do IOF sobre o ouro ativo financeiro.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Alexandre Rossato. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BITY, Mônica Castro de Mello. Ouro-ativo financeiro: caracterização. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 674, p. 19-30, dez. 1991.

BONAVINA, Maria Regina. A imunidade tributária do ouro ativo financeiro relativa ao ICMS. *In:* **Tratado das Imunidades e Isenções Tributárias**. Monica de Almeida Magalhões Serrano (org.). São Paulo: Editora Verbatin, 2011. p. 416 - 432.

BORGES, José Alfredo. Regime Tributário do Ouro. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 55, p. 332-342, jan./mar., 1991.

CAMARGOS, Luciano Dias Bicalho. **O imposto territorial rural e a função da propriedade: doutrina, prática e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Imposto sobre a propriedade territorial rural - ITR. *In:* **O direito Agrário na Constituição**. Lucas Abreu Barroso, Alcir Gursen de Miranda, Márcio Lúcio Quintão Soares (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. As regras-matrizes de incidência do ITR e do IPTU: análise dos principais critérios distintivos. **Revista da FESDT**, Porto Alegre, FESDT, n. 6, p. 209-222, jul./dez.2010

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson Ferreira. **Imunidade Tributária**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

_____. Tributação do ouro como ativo financeiro. **Repertório IOB de Jurisprudência. n. 20/98**. *São Paulo, 1998. 1/12776, p. 503-500.*

GUERREIRO, Claudio J.G. IOF - Incidência sobre ouro ativo financeiro. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 49, p. 102-109, jul/set, 1989.

MACHADO, Hugo de Brito. Critérios Geográficos e da Destinação do Imóvel para definir a incidência do IPTU ou do ITR. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, v. 139, p. 56-60, abr. 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inteligência dos parágrafos 1º e 2º do artigo 32 do CTN. Conflito do Competência Impositiva - ITR X IPTU. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, v. 184, p. 159-178, jan. 2011.

MÉLEGA, Luiz. A tributação do ouro, ativo financeiro. **Repertório IOB de Jurisprudência. n. 6/92**. São Paulo, 1992. 1/4993, p. 114-113.

SANTINI, Clito; SPERB, Guilherme Ricardo Roedel. Imunidade ao ITR (CF/1988, art.153, § 4º) e imunidade do ouro financeiro (CF/1988, art. 153, § 5º). *In:* **Imunidades Tributárias e Direitos Fundamentais**. Luiz Felipe Silveira Difini (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 55-67.

XAVIER, Alberto. IOF - Inconstitucionalidade das novas incidências do IOF em geral e sobre o ouro em especial. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 52, p. 97-109, abr/jun, 1990.